

JAVIER ÁNGEL FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ GALLARDO
Cuestiones derivadas del auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado

CUESTIONES DERIVADAS DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO



JAVIER ÁNGEL FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO

Secretario judicial del Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid

Doctor en derecho

Fecha de recepción: 28-08-2014

Fecha de aceptación: 04-11-2014

RESUMEN: El auto de apertura de juicio oral no constituye un acto de mera ordenación formal del proceso, su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada “pena de banquillo”. Este auto supone, pues, un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario. Pero se plantea la cuestión de si la delimitación del alcance objetivo del proceso tiene lugar al dictarse el auto de apertura del juicio oral o al formularse los escritos de acusación. Ésta y otras cuestiones que surgen en torno a dicha resolución, tales como la preclusión del trámite de personación del perjudicado, la necesidad de notificación personal al acusado, y su irrecurribilidad salvo en lo relativo a la situación personal del acusado, serán objeto de análisis en el presente estudio.

PALABRAS CLAVE: Apertura del juicio oral, personación, notificación personal, acusación popular.

ABSTRACT: *The order to commence the trial proceedings is not an act of mere formal ordination process, its purpose is to assess the consistency of the charge in order to prevent unfounded allegations and thus the punishment which is being seated in the dock. This order, then, is a judgment of rationality on the existence of sufficient grounds for prosecution, and it is for the abbreviated process, like the decree of indictment for the ordinary process. At this point the question of whether the definition of the objective scope of the process occurs when issuing the order to commence the trial or made by the indictments, arises. Other issues arise with this order, such as the final deadline for entering an appearance of the injured, the need for personal notification on the defendant, and its unassailability except with regard to the personal circumstances of the accused, will be analyzed in this study.*

KEY WORDS: *Commence the trial proceedings, entering an appearance, personal notification, private prosecution.*

SUMARIO. I. Introducción. II. Objeto del auto de apertura de juicio oral. III. Preclusión de la personación de la acusación particular. 1. Jurisprudencia del TS. 2. Jurisprudencia del TC. 3. Examen de fondo. IV. Apertura del juicio oral únicamente a instancia de la acusación popular. V. Competencia para el enjuiciamiento y fallo. VI. Notificación personal al acusado. VII. Recurso. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Al proceso penal moderno se le rodea hoy de las mayores garantías dada la idea de penosidad que comporta el propio juicio penal. Dichas garantías no se traducen únicamente en la proclamación constitucional de una serie de derechos fundamentales reconocidos a todo imputado, sino que desde la óptica del proceso justo la propia maquinaria en que consiste el

proceso penal debe contemplar una serie de controles que hagan efectivos los derechos fundamentales de los justiciables, entre los que se encuentra la presunción de inocencia. Esta idea ya fue puesta de relieve por GOLDSCHMIDT¹ cuando comparaba el proceso penal con una construcción técnica-artificial destinada a proteger a los individuos contra un abuso del poder estatal.

La importancia de estos controles se advierte precisamente en relación al ejercicio de la acusación, entendida ésta en un sentido amplio, equivalente a la imputación de la comisión de un hecho aparentemente delictivo a una determinada persona² hasta su ulterior concreción en los escritos de calificación. Téngase en cuenta que, como subraya ALMAGRO NOSETE, la acusación es un acto de trascendencia y significación pública, siempre molesto y perjudicial para el ciudadano sospecho, como lo son también todos los actos inculpatórios en mayor o menor grado. Por esta razón se afirma que las inconveniencias que toda acusación o imputación plantean aconsejan prudencia y seriedad en su formulación³. Ello acrecienta la importancia de un trámite garantista como es el denominado “juicio de acusación”, cuya finalidad consiste en evitar que se abra el juicio oral contra una determinada persona sin haber constatado previamente la consistencia de la acusación que frente a ella se formula. Su importancia práctica obedece al hecho de que la decisión judicial de apertura del juicio oral ha de venir precedida de un exhaustivo control sobre la seriedad y verosimilitud de la acusación que se ejercita. De ello ya dejó constancia RUIZ VADILLO, al afirmar que todo cuanto se haga por extremar los controles sobre la acusación será poco, pues constituye una garantía de que una persona no se siente en el banquillo de los acusados sin un mínimo de posibilidades de que la acusación esté seriamente fundada⁴.

¹ GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935, p. 7.

² Al respecto advertía PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1978, p. 257, que cuando se habla de “partes acusadas” el término “acusación” debe ser entendido en un sentido muy lato, casi vulgar, pues técnicamente no existe “acusación” y, por lo tanto, “partes acusadas”, hasta la fase de plenario una vez calificada la causa. En sentido casi idéntico, aunque en referencia a otro aspecto, subraya GIMENO SENDRA, V.: “El derecho de defensa”, en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 101, la imprecisión del legislador constituyente, puesto que en el art. 24.2 de la Carta Magna hubiera sido más técnico si en vez de utilizar el término “acusación” hubiera empleado la palabra “imputación”.

³ ALMAGRO NOSETE, J.: “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 25.

⁴ RUIZ VADILLO, E.: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 53.

El TS⁵ señala que en la fase intermedia tiene lugar un “momento estelar” del proceso, que no es otro que aquella decisión del órgano jurisdiccional competente acordando sobreseer o, por el contrario, ordenando la apertura del juicio oral. Tan sustancial trámite cumple una “función de depuración” de la acusación, el juicio acerca de la procedencia o no de abrir el juicio oral “es un juicio negativo en virtud del cual el juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación”⁶.

Por tanto, el auto de apertura del juicio oral constituye uno de los actos procesales de mayor relevancia en relación con la fijación del objeto procesal, por cuanto que el ámbito material de enjuiciamiento a partir de este momento no podrá ser sustancialmente variado por las partes, sino a lo sumo para realizar alguna aclaración o rectificación no relevante en trámite de cuestiones previas o en el trámite de calificación definitiva para retocar los hechos objeto de acusación a la vista de la prueba practicada. Pero en ningún caso podrán introducirse en el debate hechos nuevos no contemplados en los escritos de acusación provisionales y en el auto de apertura del juicio oral, pues supondría una vulneración de las garantías que asisten a todo imputado de ser oído en instrucción sobre los hechos por los que ha adquirido tal estatus procesal y tener así la posibilidad de combatirlo mediante la propuesta o participación en las diligencias de investigación, y porque los principios procesales básicos no permiten la formulación de una acusación permanente, que conduciría a la acusación de una irremediable indefensión, que traería al proceso principios inquisitivos ancestrales hoy definitivamente desterrados de esta fase del procedimiento, donde debe regir siempre el estricto principio acusatorio, con pleno respeto a las garantías básicas.

No obstante la regulación de esta importante resolución judicial, contenida en el art. 783 LECRIM, presenta aspectos no exentos de polémica doctrinal y jurisprudencial como son la posibilidad de abrir el juicio oral sólo a instancia de la acusación popular, si dicha resolución comporta la preclusión de la personación de la acusación particular, la determinación del

⁵ STS, Sala 2ª, de 17.05.1990 (ROJ: STS 10350/1990; MP: Luis Vivas Marzal).

⁶ ATS, Sala 2ª, de 20.12.1996 (ROJ: ATS 3807/1996; MP: José Augusto de Vega Ruiz), dictado en relación al caso Filesa. También en relación al caso Filesa, el ATS, Sala 2ª, de 19.07.1997 (ROJ: ATS 6850/1997; MP: José Augusto de Vega Ruiz), establece que, en la fase previa al juicio oral se procede a una función de depuración, señalando que “el auto definitivo de apertura del juicio oral de 20 de diciembre de 1996, dictado por esta Sala, señala la facultad del instructor (...) para controlar, cuando la apertura del juicio oral, la consistencia o solidez de la acusación que se formula (...); el juicio acerca de la improcedencia de abrir juicio oral, o en definitiva, de la improcedencia de la acusación formulada, es en todo caso un juicio negativo en virtud del cual se cumplen funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación, con lo que las posibilidades para rechazar las acusaciones son mínimas porque, dentro del plano jurisdiccional, el proceso ha de seguir su curso *prima facie*”.

órgano competente para el enjuiciamiento, la necesidad o no de proceder a su notificación al acusado en forma personal, así como sí cabe o no recurso contra los pronunciamientos que aquella resolución pueda contener relativos a la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares reales, e incluso contra el pronunciamiento que determine el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa. Extremos todos ellos que analizaremos a continuación.

II. OBJETO DEL AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL.

El auto de apertura del juicio oral constituye una garantía jurisdiccional que tiene como fin controlar la consistencia y seriedad de las acusaciones⁷, siendo perfectamente posible que dirigiéndose varias contra una misma persona o contra varias, el juez de instrucción acuerde la apertura del juicio oral con relación a determinados hechos y no respecto a otros, o lo admita con relación a determinadas personas y no respecto a otras, configurando de esta manera los perfiles del proceso penal⁸. Dicho auto delimita el objeto del proceso en el juicio oral señalando qué hechos van a ser enjuiciados tras el estudio del carácter fundado de la acusación. Sin embargo, la redacción del art. 783 LECRIM no es precisa sobre cuál debe de ser su contenido en cuanto a la determinación del objeto del proceso, lo que ha generado dudas sobre su naturaleza y función que han derivado en pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional no siempre coincidente.

Para un sector doctrinal⁹, con apoyo en algunas resoluciones del TC¹⁰, esta resolución no es un mero acto de ordenación formal del proceso, sino que adquiere un carácter material, incorporando una calificación o un juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el juez está llamado a sentenciar. De ahí la necesidad de evitar toda clase de

⁷ En palabras de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *El periodo intermedio del proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 79: “en abierto contraste con lo que sucede en el proceso ordinario, el legislador ha querido que el control jurisdiccional de la acusación se verifique, con toda amplitud, en la fase intermedia del procedimiento abreviado”. Sostiene este autor que, suprimido el auto de procesamiento, la única forma posible de que el órgano judicial se pronuncie sobre la consistencia de la acusación antes del juicio es en el momento de dictar el auto de juicio oral, concluyendo con la afirmación de que la vinculación del juez a la petición acusadora de la apertura del juicio oral es, pura y simplemente, inexistente.

⁸ STC 186/90, Pleno, de 15.11.1990 (BOE nº 289 de 3 de diciembre de 1990; MP: Vicente Gimeno Sendra).

⁹ MONTERO HERNANZ, T.: *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia*, Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2006, p. 462; y LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J.: *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999, p. 472, entre otros.

¹⁰ SSTC 170/93, Sala 1ª, de 14.06.1993 (BOE nº 171 de 19.07.1993; MP: Vicente Gimeno Sendra), 320/93, Sala 1ª, de 8.11.1993 (BOE nº 295 de 10 de diciembre de 1993; MP: Vicente Gimeno Sendra), y 310/2000, Sala 1ª, de 18.12.2000 (BOE nº 14 de 16.01.2001; MP: Pablo Cachón Villar).

automatismos, vaguedades e indeterminaciones al dictarse tan fundamental y relevante resolución, en la que debe precisarse con toda concreción contra quién se abre el juicio oral, y en qué calidad (acusado, responsable civil directo, subsidiario, etc.), así como con relación a qué hechos de entre los que se comprenden en los respectivos escritos de acusación, y contra quién, en su caso, se deniega dicha apertura. Todo ello con la necesaria fundamentación jurídica, sobre todo cuando el pronunciamiento es denegatorio de la apertura solicitada. No caben aperturas ordenadas automáticamente por el solo hecho de solicitarse, ni generales o imprecisas, ni denegatorias tácitas o sobreentendidas respecto a determinados acusados, ni falta de motivación suficiente, sobre todo cuando el pronunciamiento es contrario a lo solicitado. Tan transcendente resolución no presenta una naturaleza estrictamente mecánica o paladinamente predeterminada, de manera tal que siempre que alguna de las acusaciones lo propusiera deberá accederse a tal pretensión, sin valoración o control alguno de la seriedad de la acusación. El art. 783.1 LECRIM establece, como no podía ser de otra manera, que el juez de instrucción acordará la apertura del juicio oral solicitada, salvo que estime que concurre el supuesto del número 2 del art. 637 de la ley rituarial o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los arts. 637 o 641 de la misma ley. Ello comporta, como es obvio, una valoración a realizar por el juez de instrucción, garante de los derechos e intereses legítimos de todas las partes en el proceso. De no producirse tal valoración y garantía se estarán omitiendo normas esenciales de procedimiento con manifiesta indefensión para las partes acusadas respecto de las cuales se adopta una medida, particularmente grave, como es la apertura frente a ellos de un juicio penal¹¹.

Sin embargo, esta argumentación no está exenta de importantes objeciones que llevan a defender un razonamiento distinto. Y así, la propia ubicación procedimental del auto, una vez se haya formulado acusación, permite entender que el legislador no ha querido que el juez instructor, a diferencia de lo que ocurre ante el tribunal del jurado, tenga un papel activo en la configuración positiva del objeto del proceso. Antes al contrario, parece observarse con claridad que la determinación del objeto del proceso se asienta sobre las pretensiones de las partes formalizada mediante los escritos de calificación provisional, como ya se apuntaba

¹¹ El AAP Cuenca, Sec. 1ª, de 30.10.1997 (ROJ: AAP CU 8/1997; MP: Leopoldo Puente Segura) declara la nulidad del auto de apertura del juicio oral al omitirse en el mismo toda clase de motivación.

textualmente en la propia exposición de motivos de la LECRIM¹². Esta marcada acusatoriedad del modelo preparatorio sugiere, tal y como destacó el TC, en abierta contradicción con la doctrina mantenida en otras resoluciones, que el auto de apertura del juicio oral no tenga naturaleza inculpatoria, cumpliendo en su caso una función de garantía¹³, señalando que "es de tener en cuenta, a estos efectos, que aunque al juez instructor corresponde controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula con las vinculaciones y excepciones previstas en la Ley, ese juicio, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación"¹⁴, pues, tras enunciar la Ley la regla general de la vinculación del instructor con la apertura del juicio oral, únicamente le permite denegarla, una vez solicitada, cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que proceda¹⁵. En el procedimiento abreviado al juez instructor le es necesaria para proceder a la apertura del juicio oral la existencia de una acusación previa, ajena a él mismo, de modo que, al no efectuarse una imputación judicial sino al limitarse el juez a dar traslado de una acusación plausible de parte, no se requiere mayor motivación que el recordatorio de las previsiones legales oportunas¹⁶. En consecuencia, el juez instructor se limita a tener por formulado el escrito de acusación, abriendo el juicio oral contra determinada persona y por los hechos concretos que han sido objeto de imputación.

Cuando el juez decide abrir el juicio oral, la resolución en que así lo acuerda no define el objeto del proceso, ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento, ni supone vinculación alguna respecto de los hechos imputados, pues éstos y aquellos deben quedar concretados inicialmente en los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, y finalmente, tras la celebración de la vista oral, en las conclusiones definitivas. En el procedimiento penal abreviado es a través de los escritos de acusación con los que se

¹² Exposición de motivos, párrafo XIX, LECRIM: "El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones".

¹³ STC 62/98, Sala 1ª, de 17.03.1998 (BOE nº 96 de 22.04.1998; MP: Pedro Cruz Villalón).

¹⁴ STC 186/1990, ya citada.

¹⁵ Art. 790.6 LECRIM.

¹⁶ STC 54/1991, Sala 2ª, de 11.03.1991 (BOE nº 91 de 16.04.1991; MP: Francisco Rubio Llorente).

formaliza e introduce la pretensión punitiva con todos los elementos fácticos y jurídicos. Mediante esas conclusiones se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda taxativamente fijados en las conclusiones definitivas. Desde este punto de vista, el auto que acuerda la apertura del juicio oral sólo sirve para permitir que el procedimiento siga adelante. Su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada "pena de banquillo", actuando en este caso el juez "en funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación"¹⁷. El auto supone, pues, un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario, pero ni tiene como éste naturaleza inculpatoria ni tiene el alcance de conformar positivamente los términos fácticos y jurídicos del plenario, pues eso es función de las acusaciones.

La doctrina del TC se ha mostrado siempre contraria a las iniciativas judiciales inculpatorias mediante juicios positivos de imputación, reiterando la función del instructor de supervisión y control de las acusaciones a través de juicios negativos. Es precisamente en los casos en que se deniega la apertura del juicio oral cuando esa resolución alcanza su verdadero significado. Si el juez de instrucción, en el auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos, con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación. La parte acusada no podrá alegar indefensión ni vulneración del derecho a ser informado de la acusación, pues el art. 784 prevé que, abierto el juicio oral, se emplazará al imputado con entrega de copia de los escritos de acusación por lo que tendrá pleno conocimiento de la imputación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico. Si el instructor abre el juicio oral respecto de unos delitos y sobresee expresamente respecto de otros, las partes acusadoras podrán interponer los pertinentes recursos contra la parte del auto que acordó el sobreseimiento. Sólo, pues, la declaración expresa y formal del sobreseimiento contenida en el auto de apertura, una vez que alcance firmeza, producirá efectos vinculantes para el juicio oral. Sólo los supuestos en los que la resolución excluya expresamente un determinado hecho o un determinado delito puede reconocerse eficacia

¹⁷ STS 41/1998, Sala 1ª, de 24.02.1998 (BOE nº 77 de 31.03.1998; MP: Pedro Cruz Villalón).

configurativa negativa al auto de apertura. En lo demás, la resolución sólo sirve para posibilitar que el procedimiento siga adelante, después de valorar la consistencia de la acusación, y para señalar el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, pero no fija los términos del debate ni en los hechos ni en su calificación jurídica. Sencillamente porque la Ley no lo dice, siendo ésta la opinión dominante en la jurisprudencia del TS¹⁸. Sólo puede producirse una delimitación negativa cuando el instructor, en el mencionado auto, excluya expresamente un determinado hecho o un determinado delito¹⁹.

Si bien en España la cuestión relativa a la formación del objeto del proceso teniendo en cuenta el auto de apertura del juicio oral no ha despertado demasiado interés, no sucede lo mismo en la ciencia procesal penal alemana, donde, a pesar de que el § 264 StPO en su párrafo I determina expresamente que "el objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación tal y como se presente tras el resultado de la vista", la opinión mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mantenía tradicionalmente que, en realidad, el § 264 debería aludir al auto de apertura del juicio oral y no a la acusación²⁰.

¹⁸ SSTs, Sala 2ª, de 19.06.2007 (La ley 51972/2007; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) y 20.03.2000 (La Ley 62995/2000; MP: Carlos Granados Pérez) 513/2007 y 488/2000 de 20 de marzo (LA LEY 62995/2000), disponiendo esta última que "constituye doctrina consolidada de esta Sala 2ª, como nos recuerda el Fiscal, que al escrito de conclusiones definitivas debe ir referida la relación o juicio de congruencia del fallo (SSTS 26 de julio de 1988, STC 16/1987, de 12 de febrero), en cuanto el proceso se orienta y prepara por los escritos de calificaciones provisionales primero, y se consolida y concreta, a la vista de la resultancia del plenario, por las definitivas. Teniendo el instructor la facultad de denegar la apertura del juicio oral, conforme al art. 790.6 (actualmente 783) LECRIM, esta Sala ha declarado que tal apertura en modo alguno viene a condicionar los delitos concretos objeto de enjuiciamiento, llegando así a la conclusión de que el principio acusatorio que constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental no ha resultado vulnerado ni se ha producido indefensión en cuanto ha existido una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia, sin que pueda cumplir ese cometido delimitador el auto de apertura del juicio oral". En este sentido se pronuncia asimismo la AAP Madrid, Sec. 1ª, de 19.05.2011 (ROJ: AAP M 6653/2011; MP: Luis Carlos Pelluz Robles).

¹⁹ STS, Sala 2ª, de 22.02.2000 (La Ley 6291/2000; MP: Gregorio García Ancos).

²⁰ VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984-2, pp. 93-135 sí se plantea esta cuestión expresamente. Como expone ASENSIO MELLADO, J. M.: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 60 y ss., en cuanto a esta cuestión se han dado dos posturas bien definidas: la de quienes rechazan la existencia de una pretensión penal y llegan a la conclusión de que el momento en que el asunto queda definitivamente sometido al tribunal es el de deducción de la calificación provisional, y la de quienes, como Asencio, son partidarios no sólo de la existencia de pretensión penal, sino incluso de que ésta va a constituir precisamente el objeto del proceso, manteniendo este último grupo de autores que la pretensión y por lo tanto el objeto del proceso "se deduce de forma definitiva en el acto regulado en el artículo 732 LECRIM", es decir, en las conclusiones definitivas. Sin perjuicio de que optemos por mantener la existencia de pretensión en el proceso penal, creemos que ésta, por ser más amplia, no coincide con el objeto del proceso y, adscribiéndonos a la opinión del primer grupo de autores –aunque no en lo relativo a negar la existencia de pretensión en el proceso penal–, pensamos que el objeto del proceso en cuanto a su elemento objetivo queda ya definitivamente delimitado en los escritos de calificación provisional.

III. PRECLUSIÓN DE LA PERSONACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

La personación en calidad de acusación particular, a tenor del art. 110 LECRIM, debe producirse antes del trámite de calificación del delito. No obstante, una incipiente aunque controvertida doctrina jurisprudencial²¹ vienen a afirmar una derogación tácita de dicho artículo por el actual art. 785.3 LECRIM, modificado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE nº 258 de 28.10.2002). Este precepto introduce en el proceso penal una regla de protección a la víctima, según la cual, aunque la víctima no sea parte en el proceso debe ser informada por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio. De dicha regla de inspiración victimológica obtiene el TS una modificación del régimen legal general previsto en el art. 110 LECRIM, permitiendo una personación tardía con plenitud de derechos, sin retroceder el procedimiento, y sin perjudicar el derecho de defensa, esto es, sin apartarse del contenido estricto del objeto procesal²².

1. Jurisprudencia del TS.

El vigente art. 761 LECRIM, cuyo contenido, tras la reforma introducida por la Ley 38/2002, continuó siendo literalmente idéntico al que el texto anterior recogía en el art. 783, dispone actualmente lo siguiente, tras las leves modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE nº 266 de 04.11.2009): "1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite. 2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, el secretario judicial instruirá al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan

²¹ De la que son reflejo las SSTs, Sala 2ª, de 18.02.2005 (ROJ: STS 1016/2005; MP: José Antonio Martín Pallín) y 3.10.2005 (ROJ: STS 5816/2005; MP: Carlos Granados Pérez), entre otras.

²² En este sentido AAP Tarragona, Sec. 2ª, de 09.02.2010 (ROJ: SAP T 212/2010; MP: José Manuel Sánchez Siscart). Vid. YÁÑEZ VELASCO, R.: "Imperio de la Ley y jurisprudencia creadora. La personación de la presunta víctima en todo tiempo procesal", en *Diario La Ley*, nº 8304, sec. Tribuna, 6.05.2014, pp. 1-18.

corresponderle".

Se contempla en este precepto, enclavado dentro de la regulación del procedimiento abreviado, la imperativa obligación del órgano judicial de informar a todos los ofendidos o perjudicados por un delito de los derechos que le asisten, entre ellos los que expresamente recogen los arts. 109 y 110 LECRIM relativos a la posibilidad de poder mostrarse parte en la causa y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan siempre que, según precisa expresamente el último artículo referido, lo hagan "antes del trámite de calificación del delito". Un trámite de calificación que en el procedimiento abreviado se inicia con la llamada fase intermedia, es decir con el auto previsto en el art. 779.1.4ª de la misma ley procesal. Este imperativo deber de información que se impone al órgano judicial, y más concretamente al secretario judicial tras la reforma operada por la Ley 13/2009, reviste una extraordinaria relevancia en orden a garantizar a todos los ofendidos o perjudicados por un delito su derecho a la tutela judicial efectiva, pues sólo si conocen de la existencia del proceso penal abierto y son informados debidamente de su derecho y plazo para personarse en él como parte acusadora podrán efectivamente ejercitarlo. Es por ello que el TC ha declarado en múltiples sentencias²³ que la omisión por el juez de instrucción de lo preceptuado en estos preceptos procesales, cuando origine indefensión material al ofendido o perjudicado, produce la violación de ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, pese a la claridad con que el art. 110 LECRIM, al que remite expresamente el art. 761, establece un límite máximo preclusivo, el del trámite de calificación, para que un perjudicado *ex delicto* puede personarse en la causa como acusación particular, el TS ha iniciado una línea abiertamente contraria a esa preclusividad²⁴, y a tal efecto aunque reconoce que el art. 783 LECRIM, vigente al tiempo de los hechos en ella analizados, al remitir a los arts. 109 y 110 del mismo texto legal, conducía necesariamente a la interpretación de que la personación de un perjudicado como acusación particular sólo se podía realizar "antes del

²³ SSTC 98/93, Sala 1ª, de 22.03.1993 (BOE nº 100 de 27.04.1993; MP: Rafael de Mendizábal Allende); 278/94, Sala 1ª, de 17.10.1994 (BOE nº 279 de 22.11.1994; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y 140/97, Sala 1ª, de 22.07.1997 (BOE nº 187 de 6.08.1997; MP: Vicente Gimeno Sendra).

²⁴ Una nueva línea jurisprudencial que se ha plasmado, entre otras, en las siguientes SSTs, Sala 2ª, de 18.02.2005 (ROJ: STS 1016/2005; MP: José Antonio Martín Pallín); 3.10.2005 (ROJ: STS 5816/2005; MP: Carlos Granados Pérez); 30.03.2010 (ROJ: STS 1877/2010; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 27.09.2012 (ROJ: STS 6339/2012; MP: Carlos Granados Pérez). No exenta de alguna muy cualitativa excepción, como la constituida por la STS 900/2006 de 22 septiembre en la que recordando el carácter preclusivo del plazo que contempla el artículo 761 declara rotundamente que debe ser denegada cualquier pretensión de un perjudicado de personarse después del trámite de calificación.

trámite de calificación", a renglón seguido, y olvidándose de que el mismo contenido literal de aquel art. 783 había sido recogido en el art. 761 tras la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2002, llega a la categórica conclusión de que el vigente art. 785.3 LECRIM, al exigir del órgano judicial el deber de informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio, aunque no sea parte en el proceso, ha venido a dejar sin efecto las previsiones del art. 110 LECRIM, es decir la preclusividad prevista en el mismo. En base a ello entiende el TS que en la actualidad "no hay obstáculo para que si la víctima comparece en el juicio oral, acompañada de su abogado, se permita su personación *apud acta* incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del ministerio fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas"²⁵.

Pero, por si cupiera alguna duda acerca del grado de autonomía con que podría actuar en el juicio esa acusación particular tan tardíamente personada, el TS deja bien claro su total soberanía, al contemplar incluso la posibilidad de que las conclusiones provisionales que presente al principio de las sesiones no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones, proveyendo para tal caso, a fin de paliar los efectos de una acusación sorpresiva, la posibilidad de que, en aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 788.4 LECRIM, la defensa pueda solicitar el aplazamiento de sesión por diez días que este precepto contempla específicamente para supuestos de modificaciones relevantes de conclusiones definitivas.

Como puede observarse, el TS, obviando la existencia del art. 761 LECRIM tras la reforma operada por la Ley 38/2002, y acogiendo tan sólo a lo dispuesto en el art. 785.3 de dicho Texto legal, que literalmente estipula que "en todo caso, aunque no sea parte del proceso ni deba intervenir, el secretario judicial deberá informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio", llega a la conclusión hermenéutica de no ser de aplicación en el procedimiento abreviado el plazo preclusivo de personación exigido por el art. 110 de la misma ley procesal.

²⁵ SSTs, Sala 2ª, de 18.02.2005, ya citada.

2. Jurisprudencia del TC.

Una reiterada y consolidada doctrina del TC²⁶ ha venido configurando el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*²⁷, es decir, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción o derecho de acceso al proceso que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE, a pesar de que no existe exigencia constitucional derivada de este artículo que imponga la presencia como parte en el proceso penal de la acusación particular, dado que en nuestro ordenamiento jurídico la función acusatoria aparece encomendada primordialmente al ministerio fiscal.

Ahora bien, señala también esta doctrina del TC que, dado que el legislador ordinario ha optado por reconocer también a los particulares el derecho al ejercicio de la acción penal y, en concreto, al agraviado o perjudicado por un delito o falta, el derecho a acceder a la jurisdicción y a personarse en ella como acusación particular, constituye un derecho de configuración legal que entra a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su concreta dimensión de acceso a la jurisdicción y que se traduce esencialmente en ese *ius ut procedatur* o derecho a obtener del órgano judicial una respuesta razonable y fundada en derecho, ya sobre el fondo, si concurren los presupuestos legales exigibles, o ya sobre la forma, en caso contrario, pues este derecho fundamental queda satisfecho también con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la

²⁶ Entre otras muchas, las SSTC 179/2004, Pleno, de 21.10.2004 (BOE nº 279 de 19.11.2004, MP: Manuel Aragón Reyes); 9/2008, Sala 1ª, de 21.01.2008 (BOE nº 40 de 15.02.2008; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); y 190/2011, Sala 1ª, de 12.12.2011 (BOE nº 9 de 11.01.2012; MP: Pablo Pérez Tremps).

²⁷ GÓMEZ ORBANEJA configuró en principio la acción penal como un *ius ut procedatur*, un derecho al proceso y a la sentencia en la que se declare la existencia o inexistencia del derecho subjetivo de penar. Se trataría de un poder jurídico de iniciativa procesal y de constituir la obligación del juez de comprobar la situación de hecho que se le somete, por lo que frente al derecho de acción se presentaría la actividad judicial como una prestación debida al actor. Sólo secundariamente sería el derecho de afirmar y probar ante el órgano judicial el derecho de penar, competencia exclusiva del Estado. La acción existirá aunque no exista el derecho de penar, por lo que la resolución judicial desestimando la querella no se pronunciaría sobre la relación jurídico procesal y sobre el derecho subjetivo de penar del Estado, sino sobre la acción misma. Mientras el sobreseimiento negaría la acción penal, la apertura del juicio oral la reconoce y satisface definitivamente. La acción penal no radicaría según la primera visión de GÓMEZ ORBANEJA en la calificación que hace el actor sino en la petición de apertura, por lo que el derecho de acción no hace valer un derecho dispositivo sobre la pretensión ni un derecho subjetivo sobre lo que la sentencia declara. GÓMEZ ORBANEJA, E.: “La acción penal como derecho al proceso”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 371, Febrero 1948, p. 86, y *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T.II, Vol. I, Bosch, Barcelona 1951*, pp. 188 y ss. Acogen esta misma opinión entre otros CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La cosa juzgada penal*, Bolonia: Real Colegio de España, Zaragoza, 1975, singularmente pp. 19 y ss.; SOTO NIETO, F.: *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 64 y ss.; GONZÁLEZ MONTES, F.: “Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2, 1983, p. 93; y VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: “El principio acusatorio...”, cit., p. 391.

conurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, por cuanto que las causas de inadmisión y óbices procesales constituyen, según el TC, una cuestión de estricta legalidad ordinaria que sólo procede revisar en amparo constitucional cuando tales presupuestos procesales se hubiesen interpretado por el órgano judicial de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Recordando también a este respecto el TC que el principio *pro actione* prohíbe además que esos requisitos procesales se interpreten con tal rigorismo o formalismo excesivo que revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o resolución del problema de fondo de entre todas las legalmente posibles.

Según esta doctrina consolidada del TC, el derecho de acceso del perjudicado a un proceso penal forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y debe ser amparado como tal siempre que el ejercicio del mismo se sujete a los requisitos y presupuestos procesales expresamente establecidos por el legislador ordinario, sobre los cuales el órgano judicial no deberá efectuar nunca una aplicación hermenéutica tan excesivamente rigurosa o formalista que pueda suponer una decisión arbitraria o manifiestamente desproporcionada y contraria al principio *pro actione*. Ahora bien, conviene aclarar que, tal y como también se desprende de la jurisprudencia constitucional²⁸, esta doctrina antiformalista va dirigida esencialmente a proscribir inadmisiones por defectos de forma constitutivos de meras irregularidades procesales subsanables sobre las que el órgano judicial no hubiere dado oportunidad procesal al interesado para subsanarlas²⁹, pero no resulta enteramente aplicable en materia de plazos procesales señalados a las partes, por cuanto en toda ella rige imperativamente con todo rigor y sin posibilidad alguna de subsanación el principio de improrrogabilidad de los términos judiciales, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, que contempla el art. 202 LECRIM. Una norma de *ius cogens* cuya justificación constitucional se encuentra en el principio de igualdad de armas y en el derecho fundamental de todos a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías

²⁸ SSTC 200/88, Sala 2ª, de 26.10.1988 (BOE nº 284 de 26.11.1988; MP: Jesús Leguina Villa); 214/88, Sala 2ª, de 14.11.1988 (BOE nº 297 de 12.12.1988; MP: Gloria Begué Cantón); 32/89, Sala 1ª, de 13.02.1989 (BOE nº 52 de 2.03.1989; MP: Eugenio Díaz Eimil); 65/89, Sala 1ª, de 7.04.1989 (BOE nº 93 de 19.04.1989; MP: Fernando García-Mon y González-Regueras); y 75/93, Sala 2ª, de 1.03.1993 (BOE nº 78 de 1.04.1993; MP: José Gabaldón López), entre otras.

²⁹ Art. 243 LOPJ en relación al 11.3 de dicho Texto.

que consagra el art. 24 CE, habiendo recordado, por otra parte, el TC la importancia de la improrrogabilidad de los plazos en el proceso penal³⁰.

Por otra parte, según señala también otra no menos consolidada doctrina del TC³¹, la cara negativa del derecho a la tutela judicial efectiva es la indefensión, pero para que pueda hablarse de indefensión en el sentido jurídico constitucional del término, es decir de esa indefensión que expresamente proscribiera el art. 24 CE, es necesario que, tal y como previene el art. 238 LOPJ, concurren dos requisitos: Una infracción procesal, es decir, la vulneración de una norma esencial de procedimiento y, como consecuencia de ello, la provocación en el titular de ese derecho de una situación material, no meramente formal, de indefensión, esto es, una situación de efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa, que, además, debe ser imputable al órgano judicial que vulneró aquella norma procesal y no a la conducta pasiva, negligente, desacertada, equivoca, errática o abusiva del que alega sufrirla. Porque la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar las deficiencias o errores en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte, entendiendo por tal no sólo al propio interesado sino también a su representación procesal o asistencia letrada.

3. Examen de fondo.

Rechazar la pretensión de personación del perjudicado como acusación particular después de haber transcurrido el plazo preclusivo máximo del trámite de calificación exigido por el art. 761 LECRIM no hace otra cosa que dar cumplimiento a lo dispuesto de manera imperativa en este precepto que, como se ha dicho, expresamente remite a tal efecto al art. 110 de la misma ley, normas procesales de *ius cogens*, teniendo el trascurso de aquel plazo preclusivo naturaleza improrrogable³².

³⁰ SSTC 39/81, Sala 2ª, de 16.12.1981 (BOE nº 12 de 14.01.1982; MP: Francisco Rubio Llorente); 90/86, Sala 1ª, de 2.07.1986 (BOE nº 174 de 22.07.1986; MP: Antonio Truyol Serra); 120/86, Sala 1ª, de 22.10.1986 (BOE nº 276 de 18.11.1986; MP: Francisco Tomás y Valiente); y 53/87, Sala 1ª, de 7.05.1987 (BOE nº 134 de 5.06.1987; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), entre otras.

³¹ SSTC 50/91, Sala 2ª, de 11.03.1991 (BOE nº 91 de 16.04.1991; MP: Francisco Rubio Llorente); 64/92, Sala 1ª, de 29.04.1992 (BOE nº 129 de 29.05.1992; MP: Vicente Gimeno Sendra); 11/95, Sala 2ª, de 16.01.1995 (BOE nº 36 de 11.02.1995; MP: Julio Diego González Campos); y 140/97, Sala 1ª, de 22.07.1997 (BOE nº 187 de 6.08.1997; MP: Vicente Gimeno Sendra).

³² La regla general en el proceso penal, contenida en el art. 202 LECRIM, es que los plazos son improrrogables, a la cual se prevén excepciones, pero fuera de las mismas la norma es inequívoca: extemporaneidad del acto, y su consecuencia también: caducidad. En nuestro derecho procesal penal rigen los principios de preclusión e impulso de oficio, consagrados en los arts. 214 y 215 LECRIM y 237 LOPJ, que garantizan el orden adecuado

No cabría apreciar en modo alguno la existencia de indefensión jurídico constitucional a quien pretende personarse una vez precluido el plazo establecido, pues la hipotética situación material de indefensión no sería imputable en ningún caso al órgano judicial sino solo y exclusivamente a la notoria pasividad o negligente conducta procesal de quien, pese a haber sido debidamente informado en sede policial primero y en sede judicial después, conforme lo prevenido en los arts. 771.1 y 761 LECRIM respectivamente, del ofrecimiento de acciones y demás derechos inherentes, dejó transcurrir voluntariamente y sin ningún tipo de justificación el plazo legal máximo para personarse del que fue expresamente advertido. A muy distinta conclusión, naturalmente, tendría que llegarse de no haber existido previo ofrecimiento de acciones del art. 109 LECRIM, pues en tal caso la omisión de esta norma esencial de procedimiento habría originado al interesado una auténtica situación de indefensión efectiva cuyo remedio más adecuado habría sido decretar la nulidad de actuaciones prevista en los arts. 238 y ss. LOPJ, con la consiguiente retroacción de las mismas al momento anterior al dictado del auto de incoación de procedimiento abreviado para darle así la oportunidad de personarse en forma.

Así pues, existen razones por las que puede discreparte del criterio favorable a la personación de la acusación particular en el procedimiento abreviado hasta el mismo momento del juicio, y con plenitud de derechos, y que podemos concretar en las siguientes:

En primer lugar, porque esa interpretación jurisprudencial es manifiestamente *contra legem*, al contradecir de forma frontal lo literalmente ordenado en una norma de *ius cogens* como es el art. 761 LECRIM, que expresamente remite al plazo preclusivo máximo del trámite de calificación que con carácter general establece el art. 110 LECRIM, y que tiene la indudable naturaleza de improrrogable conforme a lo dispuesto en el art. 202 del referido Texto legal. Esa interpretación incumple abiertamente el primero de los cánones

del proceso, permiten evitar dilaciones en la tramitación del mismo y son perfectamente compatibles con los derechos consagrados en el art. 24 CE. La STS, Sala 2ª, de 22.09.2003 (ROJ: STS 5598/2003; MP: José Antonio Marañón Chávarri), examina la distinción entre plazos improrrogables y de carácter preclusivo y aquéllos que admitan una mayor flexibilidad en su cómputo, considerando que tal dualidad no supone una desigualdad rechazable, por responder a situaciones justificadas por razones funcionales y estructurales, y por admitirse por el art. 202 LECRIM excepciones a la regla general de improrrogabilidad de los plazos. El derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, sino, de prestación y ha de ejercitarse a través de las vías legales establecidas –SSTC 99/1985, Sala 2ª, de 30.09.1985 (BOE nº 265 de 05.11.1985; MP: Francisco Tomás y Valiente) y 206/1987, Sala 1ª, de 21.12.1987 (BOE nº 7 de 08.01.1988; MP: Antonio Truyol Serra)–, cumpliéndose todos los requisitos procesales y, entre ellos, los que se derivan de circunstancias de tiempo, que exigen que los actos procesales se realicen en un momento determinado o dentro de un lapso de tiempo –STC 101/1989, Sala 2ª, de 5.06.1989 (BOE nº 158 de 04.07.1989; MP: Eugenio Díaz Eimil)–.

hermenéuticos previstos en el art. 3.1 CC, es decir, el puramente literal o gramatical, porque sabido es que *in claris non fit interpretatio*. No existiendo, por otra parte, viso alguno de inconstitucionalidad en el citado art. 761 que obligase al TS a tener que buscar una lectura de este precepto más acomodada a la CE, habida cuenta la naturaleza de derecho de libre configuración legal que la reiterada jurisprudencia del TC ha atribuido al *ius ut procedatur* de los particulares siempre que el legislador en la realización de esa labor respete el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado.

En segundo lugar, porque esa interpretación del TS trae causa de una premisa básica errónea, seguida, además, de un discurso lógico enteramente viciado por ese error. El TS prescinde de la existencia del art. 761 LECRIM, de contenido idéntico al originario 783, y sobre esa base, sin más dato adicional que la lectura incompleta o sesgada de lo dispuesto en el art. 785.3 LECRIM³³, considera que este último artículo ha dejado sin efecto para el procedimiento abreviado las previsiones preclusivas del art. 110 LECRIM y que, por tanto, en este procedimiento el perjudicado ostenta total libertad para personarse en la causa hasta el mismo momento del acto del juicio con plenitud de facultades procesales, incluyendo su derecho a formular conclusiones provisionales completamente autónomas y de contenido heterogéneo. La notoria falta de consistencia lógica de que adolece esa interpretación sobredimensionada que realiza el TS del art. 785.3 LECRIM es de tal grado que, de aplicar las mismas pautas hermenéuticas al muy similar texto contenido en el art. 789.4 LECRIM, que también exige notificar la sentencia a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se haya mostrado parte la causa, estaríamos obligados a concluir coherentemente que este precepto les legitima para poder personarse en ese momento y recurrir dicha sentencia, con lo que la preclusión aún podría superar la propia barrera del juicio oral y el plazo para dictar sentencia.

En tercer lugar, y estrechamente relacionado con lo que acabamos de decir, esa jurisprudencia del TS, no sólo contradice el contenido literal del art. 761 LECRIM sino que tampoco efectúa una interpretación sistemática. Este artículo no es un mero precepto aislado sino que guarda plena coherencia con todo el resto de reglas procesales que disciplinan el procedimiento abreviado, siendo muy diversos los preceptos cuya redacción presupone

³³ Que al imponer al órgano judicial el deber de informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio no sólo contiene la literal expresión de " aunque no sea parte en el proceso " que menciona el alto tribunal sino también la muy relevante de " ni deba intervenir " que éste omite.

tácitamente la rigurosa observancia de esa regla general preclusiva de personación contenida en aquel precepto.

Así el art. 780.1, que establece que una vez que el juez de instrucción acuerde seguir el trámite de preparación del juicio oral, ordenará que se dé traslado de las actuaciones penales al ministerio fiscal y a las "acusaciones personadas" para que en el plazo común de diez días soliciten la apertura del juicio oral formulando "escrito de acusación" o el sobreseimiento de la causa. Precepto que deja claro que para ese momento procesal sólo se le puede dar traslado para calificación a los perjudicados que, por haber cumplido en tiempo y forma los requisitos del art. 761 LECRIM, hubieren adquirido ya la condición de acusación personada, debiendo entonces cumplir otro requisito temporal más -diez días-, para poder presentar su escrito de acusación, y no el extraordinariamente laxo plazo de tiempo, prácticamente indeterminable, que propugna el TS.

En igual sentido el art. 782.2, precepto que, como única excepción a la regla general establecida en el art. 780.1 y, por ende, al art. 761, contempla, dentro de la fase intermedia del proceso, la posibilidad de que el juez instructor pueda llamar a los ofendidos o perjudicados no personados para que en el plazo máximo de quince días puedan comparecer eventualmente a defender su acción en los excepcionales casos en que el ministerio fiscal hubiese solicitado el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en ella ningún acusador particular dispuesto a sostener la acusación.

Sirve asimismo de ejemplo el art. 783, que encomienda al juez de instrucción la obligación de determinar en el auto de apertura del juicio oral cuál es el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa. Es obvio que esa determinación objetiva de la competencia sólo puede efectuarse por el órgano instructor conforme al art. 14 LECRIM, es decir sobre la base de las penas previstas para los delitos objeto de acusación que, obviamente, no pueden ser otros que los contenidos en el escrito o escritos de acusación provisional previamente presentados dentro del plazo conferido.

Finalmente, para concluir esta relación, podemos citar el art. 784.1, el cual ordena dar traslado de las actuaciones al acusado o acusados por el plazo común de diez días para que presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. Con ello, el legislador ha querido respetar escrupulosamente en esta fase intermedia un total equilibrio entre las partes

activas y pasivas del proceso, reconociendo expresamente al acusado su derecho a presentar escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas contra él dentro de ese mismo límite legal de diez días. Se enmarca este equilibrio dentro del principio de interdicción de acusaciones sorpresivas reiteradamente proclamado por el TC³⁴, y su ya referida consideración del auto de apertura del juicio oral como mero e indispensable vehículo de traslado de las acusaciones al acusado que por ello no requiere mayor motivación que el recordatorio de las previsiones legales oportunas.

Y así podríamos seguir enumerando bastante más preceptos procesales que igualmente resultan incompatibles con el criterio jurisprudencial esbozado por el TS. Pero es que, además, esta doctrina del TS mermaría sustancialmente el derecho de defensa del acusado. Así, quebraría el principio de igualdad de armas, por cuanto que mientras que para el acusado la no presentación en plazo de su escrito de defensa conlleva la imposibilidad de formularlo *ex art. 784.1 LECRIM*, esa misma paralela omisión por parte del perjudicado no le impediría formular su escrito de acusación hasta el mismo momento del acto del juicio. Igualmente permitiría someter al acusado a acusaciones sorpresivas vulneradoras del derecho a ser informado de la acusación en los términos jurisprudencialmente declarados por el TC, puesto que, al menos en asuntos de gran complejidad, el plazo de 10 días del art. 788.4 LECRIM, que el TS sugiere de aplicación analógica para que éste pueda preparar adecuadamente su defensa frente a una o muchas más acusaciones nuevas y posiblemente heterogéneas repentinamente personadas en el juicio, le serían insuficiente a tales efectos.

IV. APERTURA DEL JUICIO ORAL ÚNICAMENTE A INSTANCIA DE LA ACUSACIÓN POPULAR.

Nuestro sistema procesal penal presenta la peculiaridad de que junto al ministerio fiscal puede acusar el ofendido por el delito pero también cualquier ciudadano español, precisamente porque la acción penal, en la mayor parte de los delitos, es pública. Así se establece en el art. 125 CE, según el cual "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine", fórmula que se reproduce en términos similares por el art. 19.1 LOPJ, conforme al cual "los ciudadanos de

³⁴ SSTC 149/97, Sala 2ª, de 29.0.9.1997 (BOE nº 260 de 30.10.1997; MP: José Gabaldón López); 134/98, Sala 2ª, de 29.06.1998 (BOE nº 181 de 30.07.1998; MP: Rafael de Mendizábal Allende); y 19/2000, Sala 2ª, de 31.01.2000 (BOE nº 54 de 3.03. 2000; MP: Julio Diego González Campos), entre otras.

nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley". Por lo tanto es un derecho constitucional, pero no un derecho fundamental, aunque de configuración legal, porque el legislador es libre para determinar los casos y formas en que procede su ejercicio. El ejercicio de la acusación popular está excluido en determinados procesos penales, pero fuera de estos supuestos, la acción penal es pública y cualquier ciudadano español puede ejercitarla, sea o no ofendido por el delito, y así, intervenir en el proceso penal como acusador popular. Si bien, existe una diferencia de régimen procesal entre los ciudadanos que ejercen la acusación siendo los ofendidos por el delito y quienes no ostenten esta cualidad, fundamentalmente la posibilidad de que los ofendidos entren como acusadores en el proceso aceptando el denominado ofrecimiento de acciones, en tanto que quienes no lo son deben necesariamente interponer querrela con la exigencia de fianza, que debe de ser proporcional a la función que cumple³⁵. Siendo la tendencia actual restringir, con carácter general, el ejercicio de la acusación popular, a fin de evitar acusaciones infundadas, ejercidas más bien por móviles que van desde la politización de asuntos hasta los meramente económicos³⁶.

El control jurisdiccional de la solidez de la acusación se hace más necesario en sistemas como el nuestro, que reconocen una vasta legitimación activa para ejercitar la acción penal³⁷. Y es que, con mucha frecuencia nos hallamos hoy con acusaciones temerarias, o realizadas

³⁵ Más ampliamente, LUZON CANOVAS, A.: "La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular", en *Diario La Ley*, nº 5483, sec. Doctrina, 15.02.2002, año XXIII, ref. D-51, p. 1796; GALLEGOS SÁNCHEZ, G.: "La participación de los ciudadanos en el proceso penal: la evolución del ejercicio de la acción penal, a través de la acusación particular y la acusación popular", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2, 2006, pp. 1-4; y LATORRE LATORRE, V.: *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 1-269.

³⁶ Incluso doctrinalmente ha llegado a plantearse cuál debía ser el motivo por el que el Derecho español contemporáneo ha conservado la acción penal popular mientras que en cambio ha desaparecido de la mayoría de los ordenamientos occidentales. Así, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 152. El acusador popular es una figura también conocida en el Derecho anglosajón, pero nuestra institución difiere de la británica en cuanto en ésta el ejercicio de la acusación se confiere a ciudadanos, pero actuando en nombre de la Corona, no así en nuestro sistema y, precisamente de ello, deriva la consecuencia de que la acción popular en nuestro sistema no se subordina en ningún momento o trance del procedimiento a la estrategia y decisiones de la institución responsable de decidir sobre la acusación, es decir, del ministerio fiscal. Tampoco de las de la acusación que puede ejercitar el ofendido o perjudicado. En el ámbito del derecho comparado, los sujetos activos se hallan muy restringidos, permitiéndose al ministerio público y a los perjudicados civiles en el Código procesal italiano -arts. 74 y ss.-, francés -arts. 85 y ss.-, y portugués -arts. 71 y ss.-. Por otro lado se permite la participación adhesiva supeditada a la del ministerio fiscal en Alemania - § 395 StPO alemán-, así como se admite una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del fiscal en Austria - § 46 y ss. StPO austríaco-.

³⁷ En este sentido STS, Sala 2ª, de 5.06.1993 (ROJ: STS 3707/1993; MP: Joaquín Martín Canivell): "la personalidad exigida para ser parte en un proceso penal ha de medirse con el máximo cuidado en aquellos supuestos, en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular, ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión".

por animadversión, malquerencia u otros movimientos turbios, que se sirven de este derecho cívico, causando un enorme desprestigio tanto al ciudadano que resulta imputado, como a este mecanismo de participación popular³⁸. Tal como estableciera la STS de 26.09.1997³⁹, en el conocido como caso del síndrome tóxico, la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno, aunque ese interés social al que alude la sentencia no siempre resulte ni bien entendido ni correctamente invocado. Pero esa utilización torticera acompaña con relativa frecuencia al ejercicio de la acción popular, contribuyendo a su desprestigio hasta el punto de ser considerada un factor de distorsión en la buena marcha del proceso⁴⁰. Basta recordar, como ejemplo de interés espurio, la polémica suscitada en el denominado caso Alierta o caso Tabacalera a raíz de la querella interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios, que dio lugar al anuncio por parte de la fiscalía de la apertura de una investigación contra el promotor de aquella acción, por negociar después la retirada de la acción penal a cambio de una importante suma de dinero⁴¹.

La STS 1045/2007, de 17 de diciembre⁴², caso Botín, estableció la doctrina, nacida con ocasión de la interpretación del art. 782 LECRIM, conforme a la cual el concepto “acusador particular”, que utiliza el nº 1 del citado precepto, ha de entenderse exclusivamente referido al “ofendido o perjudicado”, sin que incluya a la “acusación popular”, razón por la cual la petición de sobreseimiento del ministerio fiscal, unida a la del perjudicado, ha de provocar la vinculación del tribunal de enjuiciamiento, quien no podrá abrir el juicio oral, aun cuando así lo solicite la acusación popular, debiendo pronunciar un auto de sobreseimiento libre, como así hizo la Audiencia Nacional, mediante auto confirmado posteriormente por el TS.

Esta sentencia acoge una doctrina jurisprudencial que merma de forma sustancial el ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento procesal. La tesis acogida por la

³⁸ Afirma la STS, Sala 2ª, de 22.12.2001 (ROJ: STS 10281/2001; MP: Gregorio García Ancos), que “sería conveniente impedir el ejercicio perverso de la acción popular en cuanto los derechos deberán ejercitarse siempre conforme a las exigencias de la buena fe, sin sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio”.

³⁹ STS, Sala 2ª, de 26.09.1997 (ROJ: STS 5661/1997; MP: Gregorio García Ancos).

⁴⁰ VALERO OLTRA, R.: “Consideraciones sobre la acción popular”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1981, nº 1237, p. 6. Por su parte ARMENTA DEU, T.: “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Poder Judicial*, 1996, I, nº 41-42, p. 77, recuerda que la Memoria de la Fiscalía de Madrid de 1995 denunciaba un uso indebido de la acción popular, tanto para dilatar la tramitación de determinados procedimientos, como por el hecho de utilizarse de “escaparate” de abogados en causas de especial trascendencia pública, citando al respecto los casos del Informe Crillón, Filesa, GAL, etc.

⁴¹ La Ley, Diario de Noticias, de 26 de noviembre de 2003.

⁴² ROJ: STS 8025/2007; MP: Enrique Bacigalupo Zapater.

mayoría del Tribunal se fundamenta en el siguiente argumento nuclear: en el procedimiento abreviado, según la redacción del art. 782 de la Ley Procesal Penal, no puede abrirse el juicio oral a instancias sólo de la acusación popular. De este modo, en los supuestos en que el ministerio fiscal y la acusación particular interesen el sobreseimiento, éste deberá acordarse imperativamente, aunque en el proceso se halle personada una acusación popular que, discrepando del criterio de las otras dos acusaciones, interese la apertura del juicio oral. Las razones de la mayoría de la Sala se condensan sustancialmente en tres fundamentos puntuales. El principal, se apoya en la interpretación literal del art. 782 LECRIM, y los otros dos conciernen al derecho de defensa y al principio de celeridad en el procedimiento abreviado.

Poco después la STS 54/2008⁴³, caso Atutxa, ante la solicitud de la defensa, efectuada en la vista de la casación, de la aplicación de la anterior doctrina y consiguiente petición de nulidad del auto de apertura del juicio oral pronunciado a instancia exclusiva de una acusación popular y en contra del parecer del ministerio fiscal, quien solicitó el sobreseimiento, convalidó la apertura del juicio oral, en los siguientes términos: "la doctrina que inspira la sentencia 1045/2007, centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el ministerio fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECRIM". Sin embargo concluye que "sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el ministerio fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el ministerio fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico".

En definitiva, esta tesis puede sintetizarse en que, tratándose de delitos en los que el

⁴³ ROJ: STS 687/2008; MP: Manuel Marchena Gómez.

interés protegido es individual, no es posible abrir juicio oral, si la única petición de apertura de juicio oral es la de la acusación popular. Por el contrario si los intereses protegidos en el tipo penal en cuestión fueran generales y no particulares, sería posible incluso la apertura de juicio oral a instancia, únicamente, de la acusación popular⁴⁴.

En relación con esta doctrina jurisprudencial debemos hacer una matización más y que evidencia la improcedencia de acordar el sobreseimiento por el mero hecho de que el ministerio fiscal lo haya interesado, cuando existe una acusación popular personada que solicita la continuación del proceso y no se ha personado en la causa ninguna acusación particular. De la STS 54/2008 se desprende que la limitación al ejercicio en solitario de la acusación popular sólo tiene lugar cuando existe una explícita y concorde petición de sobreseimiento tanto por el ministerio fiscal como por la acusación particular, de tal manera que si la petición de sobreseimiento sólo es realizada por el ministerio fiscal y no existe acusación particular personada en la causa, no existirá obstáculo a la petición de continuación del proceso que pueda formular la acusación popular. Así, esta sentencia señala, "la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el ministerio fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el ministerio fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECRIM, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del ministerio fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el ministerio fiscal".

⁴⁴ STS, Sala 2ª, de 20.01.2010 (ROJ: STS 99/2010; MP: Andrés Martínez Arrieta). GIMENO SENDRA, V.: "La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos Botín y Atutxa", en *Diario La Ley*, nº 6970, sec. doctrina, 18.06.2008, p. 4.

En definitiva, no puede fundamentarse el sobreseimiento de la causa en el hecho de que el ministerio fiscal haya solicitado el sobreseimiento cuando no existe ninguna acusación particular personada en la causa y existe una acusación popular personada que está solicitando la continuación del procedimiento.

V. COMPETENCIA PARA ENJUICIAMIENTO Y FALLO.

El auto de apertura de juicio oral señalará asimismo el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, y para su determinación deberemos tener en cuenta las consideraciones que seguidamente se exponen.

La competencia objetiva en el ámbito del procedimiento abreviado, establecida en los arts. 14.3 y 779 LECRIM, viene determinada en función de la pena señalada en el tipo penal en abstracto al autor del delito consumado y sin atender a las circunstancias de perfección o participación delictiva, ni a las modificativas de la responsabilidad⁴⁵. A la hora de resolver sobre la determinación del órgano jurisdiccional que resulta competente, en el procedimiento abreviado, para el enjuiciamiento y fallo, el TS⁴⁶ se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de la pena abstracta fijada en el tipo base o cualificado, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por el grado de perfeccionamiento, sea por el grado de participación atribuible o número de circunstancias concurrentes, apareciendo así la competencia determinada *ab initio* y eliminando posibles maniobras fraudulentas encaminadas a forzar la repetición de la vista ante otro órgano jurisdiccional⁴⁷. La FGE ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la consideración para delimitar la aplicación o no de

⁴⁵ Así la SAP Madrid, Sec. 7ª de 20.10.2009 (ROJ: SAP M 15309/2009; MP: Ángela Acevedo Frías), dictada en el caso Urbanor, en relación con la falta de competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento de los hechos, alegada por la defensa, dispone: “se entiende que, dado que se ha formulado acusación en el presente procedimiento y se ha procedido a la apertura del juicio oral por un presunto delito de estafa intentada de los arts. 248.1 en relación con el art. 250.1 CP en los que se prevé la posible imposición de una pena en abstracto de hasta seis años de prisión y multa, la competencia para el enjuiciamiento de los hechos, obviamente y por aplicación del art. 14.3 LECRIM le corresponde a este tribunal ya que los juzgados de lo penal sólo son competentes para el enjuiciamiento de delitos que lleven aparejada pena no superior a 5 años de prisión y de conformidad con reiterada jurisprudencia (...), para la determinación de la competencia del órgano de enjuiciamiento debe estarse a la pena en abstracto, independientemente de la que se haya interesado en el escrito de acusación y del grado de ejecución del delito que en el mismo se aprecie procediendo por todo ello la desestimación de dicha cuestión”. Asimismo AAP Madrid, Sec. 3ª, de 25.06.2004 (ROJ: AAP M 5897/2004; MP: Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa). En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) et alii: *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 104.

⁴⁶ SSTs, Sala 2ª, de 10.11.1992 (ROJ: STS 18727/1992; MP: Fernando Díaz Palos); 25.10.1993 (ROJ: STS 7144/1993; MP: José Augusto de Vega Ruiz); y 10.7.1997 (ROJ: STS 4921/1997; MP: Carlos Granados Pérez) entre otras muchas.

⁴⁷ AAP Madrid, Sec. 3ª, de 16.11.2012 (ROJ: AAP M 18913/2012; MP: Josefina Molina Marín).

los distintos procesos penales por la consideración de la pena en abstracto. Así la Circular 1/1989 sobre el procedimiento abreviado decía: “La fijación de la pena que determina la competencia ha de hacerse atendiendo a la pena del tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de la aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, o sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes. Así debe deducirse de los términos de la ley que, tanto en el art. 14.3º como en el 779, utiliza la expresión «delitos castigados con pena». La pena abstracta es la que sanciona el tipo, mientras que la concreta es la que castiga al responsable del mismo en función de las circunstancias concurrentes, por lo que ha de ser aquella y no ésta la determinante de la competencia”. La circular 1/2003 sobre la reforma del procedimiento abreviado y del proceso para el enjuiciamiento rápido determinados delitos mantiene este mismo criterio: la pena a que se refiere el precepto es la pena en abstracto, es decir la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes.

La competencia objetiva para conocer de un determinado proceso, se concreta en el escrito de acusación del ministerio fiscal, acusación particular o popular, en igualdad de condiciones, pues en nuestro sistema procesal penal, el ministerio fiscal no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, antes bien, este ejercicio está compartido por las acusaciones particular y popular, y en tal caso, ha de estarse a la más grave de las acusaciones para determinar la competencia del órgano para enjuiciamiento, es decir, hay que atender a la pena imponible en abstracto, y por tanto con los subtipos agravados a que se refiera la más grave de las acusaciones⁴⁸. Ello impide que la Audiencia Provincial concernida en un juicio que solo es propio en el plenario, pueda adelantar unas consideraciones a priori para rechazar su competencia, y por tanto, con independencia de que en el momento de elevar a definitivas las conclusiones, con posterioridad al plenario, se mantengan tales subtipos agravados, y con independencia de que en la sentencia no fuesen aceptados. Nada de esto afectaría a la competencia de la Audiencia Provincial, sin embargo, a la inversa, si la competencia objetiva del Juzgado de lo Penal fuera desbordada por las acusaciones, se debería proceder de la forma

⁴⁸ STS, Sala 2º, de 27.03.2013 (ROJ: STS 1509/2013; MP: Joaquín Giménez García).

prevista en el art. 788.5º LECRIM⁴⁹, esto es, se declarará incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y el secretario judicial remitirá las actuaciones a la Audiencia competente.

Pero la determinación de la competencia entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial para el conocimiento de una causa, que tiene gran trascendencia, dado que afecta a la competencia funcional, no puede dejarse al simple voluntarismo de las partes acusadoras, las cuales por el hecho de calificar los hechos de una u otra manera, no determinan que ya necesariamente tenga que ser el órgano competente aquel que las partes hayan dicho en sus escritos, sino que el juez de instrucción tiene que efectuar una valoración, y conforme al art. 783.2 LECRIM, señalar el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa⁵⁰.

Cuando el procedimiento ha superado la fase de instrucción y se ha procedido a la apertura del juicio oral no puede modificarse la competencia y hay que aplicar la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis* en cuanto ella supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el juicio oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución de la competencia⁵¹.

En el caso de sucesión de normas que incidan en la asignación de la competencia objetiva para la fase de enjuiciamiento, habrá de atenderse a la que se hallara vigente al momento de decretarse la apertura del juicio oral, pues es en ese momento en el que se concreta, por efecto del principio acusatorio, el verdadero objeto del proceso.

Para la determinación de la competencia objetiva se opta por el momento de apertura del juicio oral, descartándose, para los mismos efectos, el de la fecha de comisión del hecho, pues la concreción del objeto del proceso, en atención al cual se fija esa clase de competencia, se va realizando en el procedimiento penal de manera sucesiva y cada vez con mayor precisión. Así, en la inicial transmisión de la *notitia criminis* basta con que el hecho revista la apariencia de delito o falta, no siendo en esa fase primaria preciso apurar la verdadera esencia y calificación jurídica del acto punible, pues tal calificación dependerá de los datos que aporte la investigación. Cuando la investigación concluye y se opta por la apertura de juicio, como

⁴⁹ SSTs, Sala 2ª, de 26.11.2001 (La Ley 1044/2002, MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 11.03.2004 (La Ley 63748/2004; MP: José Manuel Maza Martín); 26.05.2010 (LA LEY 76131/2010; MP: Francisco Monteverde Ferrer); 27.09.2011 (La Ley 186220/2011; MP: Francisco Monteverde Ferrer); 28.11.2012 (La Ley 188775/2012; MP: José Ramón Soriano Soriano); y 27.12.2012 (La Ley 215427/2012; MP: Luciano Varela Castro).

⁵⁰ AAP Valladolid, Sec. 4ª, de 7.07.2004 (ROJ: AAP VA 577/2007; MP: Ángel Santiago Martínez García).

⁵¹ SSTs, Sala 2ª, 30.06.2008 (La Ley 92741/2008; MP: José Ramón Soriano Soriano); 27.09.2011 (ROJ: STS 6068/2011; MP: Francisco Monteverde Ferrer); y 15.03.2013 (La Ley 36255/2013; MP: Carlos Granados Pérez).

alterativa al sobreseimiento, es el momento en que, por primera vez, se deduce una determinada pretensión punitiva, con arreglo a unos hechos concretos y a una concreta calificación jurídica de los mismos, y es, por tanto, cuando por primera vez, se pueden tener en cuenta, con cierta fijeza, los elementos precisos para determinar la competencia objetiva. A estas ideas y a esta estructura procesal, responde el art. 783.2 LECRIM cuando impone al juez de instrucción el deber, al dictar el auto de apertura de juicio oral y en el texto del mismo, de señalar "el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa" con la lógica consecuencia de continuar el proceso ante el órgano designado en el referido auto, salvo cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del juez de lo penal, en cuyo caso éste se declarará incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y el secretario judicial remitirá las actuaciones a la Audiencia competente.

VI. NOTIFICACIÓN PERSONAL AL ACUSADO.

La notificación al acusado del auto de apertura del juicio oral no es un mero trámite formal, supone la comunicación de la concreta imputación que se le realiza tras la fase de instrucción, con la determinación de la calificación jurídico penal, el máximo de la pena imponible y la base fáctica de lo que posteriormente será el acto del plenario. Ahora bien, resulta cuestión controvertida si esta notificación puede realizarse válidamente en la persona del letrado o procurador del acusado⁵².

Conforme a la doctrina del TC deben agotarse todas las posibilidades de poner en conocimiento del inculpado las circunstancias que en el proceso le afecten⁵³, inclinándose por la necesidad de la notificación personal en todo tipo de procesos, pero singularmente en el penal. Es necesario que todo proceso esté presidido por una efectiva contradicción para que se entienda cumplimentado el derecho a la defensa, lo que, a su vez, implica forzosamente que,

⁵² Sostienen la necesidad de notificación personal, entre otras muchas, AAP Madrid, Sec. 23ª, de 02.02.2011 (ROJ: AAP M 2554/2011; MP: Adoración María Riera Ocariz). La SAP Madrid, Sec. 23ª, de 18.11.2013 (ROJ: SAP M 19615/2013; MP: Adoración María Riera Ocariz), declara a estos efectos que "La notificación personal del auto al acusado es exigida por la propia norma procesal". En sentido contrario: SAP Girona, Sec. 4ª, de 24.07.2009 (ROJ: SAP GI 773/2013; MP: Francisco Ortí Ponte). SAP Pontevedra, Sec. 2ª, de 19.01.2012 (ROJ: ROJ: SAP PO 101/2012; MP: María del Rosario Cimadevila Cea). Entre la doctrina mantiene la innecesaridad de la notificación personal al acusado NAVARRO LOZANO, A.: "La doble notificación en el proceso penal", en *Diario La Ley*, nº 6911, sec. Tribuna, 26.03.2008, p. 3.

⁵³ SSTC, Sala 2ª, de 6.04.1987 (BOE n1 107 de 5.05.1987; MP: Gloria Begué Cantón), y 196/1989, Sala 2ª, de 27.11.1989 (BOE nº 5 de 5.01.1990; MP: Francisco Rubio Llorente).

siempre que ello sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos. Y si ello es exigible en otros órdenes jurisdiccionales, con superior razón ha de serlo en el penal, habida cuenta de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, por lo cual no es sorprendente la rigurosidad de las normas procesales en esta materia, que requieren la plena constancia de que el acusado ha sido citado con arreglo a las formalidades prescritas en la Ley, como requisito indispensable para que el juicio pueda celebrarse sin su asistencia⁵⁴.

La notificación de las acusaciones que se formulan contra el acusado, extremo de fundamental importancia para el mismo, se encuentra en la necesidad de cubrir los parámetros de protección establecidos por la doctrina constitucional que impone a la jurisdicción un deber específico de adoptar, más allá del cumplimiento rituario de las formalidades legales, todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar que ese propósito de conocimiento efectivo de las resoluciones judiciales no se frustre por causas ajenas a la voluntad de aquellos a quienes afectan⁵⁵.

Hay que resaltar que la ausencia de notificación personal al acusado de esta resolución es considerada por el TC como una grave infracción procesal, aun cuando no baste para la estimación del amparo. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal sino que es necesario que de esa infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa⁵⁶, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

⁵⁴ SSTC 118/1984, Sala 2ª, de 5.12.1984 (BOE nº 10 de 11.01.1985; MP: Francisco Rubio Llorente), y 16/1989, Sala 1ª, de 30.01.1989 (BOE nº 50 de 28.02.1989; MP: Antonio Truyol Serra).

⁵⁵ SSTC 171/1987, Sala 1ª, de 3.11.1987 (BOE nº 279 de 21.11.1987, MP: Eugenio Díaz Eimil), y 126/1991, Sala 1ª, de 6.06.1991 (BOE nº 162 de 8.07.1991, MP: Carlos de la Vega Benayas). Según VELASCO NÚÑEZ, E.: “Notificación -y consecuencias derivadas de la manera de realizarla- del auto de apertura del juicio oral al acusado en el procedimiento abreviado”, en *Diario La Ley*, 1993, p. 854, la notificación en la persona del acusado es la única forma de asegurar su efectividad, entendiéndose que “La notificación que no sea en la persona del acusado no asegura la constancia en la recepción de la información de en qué y por qué es acusado, y por ello deviene un incumplimiento del constitucional derecho recogido en el segundo párrafo del art. 24 CE como derecho tan fundamental y preeminente que, comparado con otros como el de un Juez imparcial o a la segunda instancia en el ámbito penal, por ejemplo, ni siquiera es un derecho derivado, sino originario y prioritario”.

⁵⁶ STC 149/1987, Sala 1ª, de 30.09.1987 (BOE nº 251 de 20.10.1987; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

También el TS⁵⁷ resalta la necesidad de practicar tal notificación. El art. 784.1 LECRIM dispone que, una vez abierto el juicio oral, habrá de procederse al emplazamiento del acusado, para que, entregándosele el escrito de acusación, comparezca en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente, y la entrega del escrito de acusación implica poner en su conocimiento que la imputación inicial de unos hechos delictivos ha adquirido solidez y se ha transformado ahora en una concreta acusación que determinará la celebración de un juicio, por lo que la única conclusión lógica posible que puede alcanzarse es que ese emplazamiento, como regla general, debe ser realizado en forma personal al acusado, debiendo el juez instructor, a tal efecto, procurar esa notificación personal.

Ahora bien, si esta es la regla general, también es cierto que numerosos pronunciamientos del TS⁵⁸ y de las Audiencias Provinciales concluyen que no se deriva la exigencia de que tales actuaciones se lleven a cabo directamente con el acusado cuando la pena solicitada por la acusación no exceda de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 786 LECRIM y el acusado hubiera designado una persona o domicilio para recibir notificaciones, según lo dispuesto en el art. 775 de dicho Texto legal. Pero ello es siempre que partamos de un supuesto de ausencia injustificada, o, más precisamente, de que se encuentre en paradero desconocido, otorgándose validez a las notificaciones efectuadas únicamente al procurador y letrado designados, después de haber resultado infructuosas las gestiones realizadas para su localización. Esto presupone indudablemente que ha existido un intento serio por el juzgado de encontrarle para notificarle el escrito de acusación y requerirle para la designación de procurador que le represente, y, en consecuencia, por situarse en una voluntaria situación de indisponibilidad procesal al no haber comunicado al juzgado el cambio de domicilio pese a habersele informado de que en el domicilio designado se le

⁵⁷ STS, Sala 2ª, de 24.02.2001 (ROJ: STS 1346/2001; MP: Enrique Bacigalupo Zapater): “El desarrollo del procedimiento que hemos expuesto pone de manifiesto que el recurrente no contó durante la tramitación de las diligencias previas y la apertura del juicio oral con una defensa formalmente constituida. En efecto, la presencia de una abogada, cuya designación no se sabe de dónde proviene en el acto de la declaración, así como la firma de otro Letrado que firma por un compañero, que no se sabe quién es ni cómo se lo designó en la causa, no satisface el derecho de defensa propio de un juicio con todas las garantías en el sentido del art. 24.2 CE. Asimismo, tampoco satisface las exigencias de dicha disposición la mera constancia, en el acta de la declaración, de haber sido informado el declarante de los derechos constitucionales que corresponden. Esta exigencia sólo se cumple, por el contrario, si el inculpado es verdaderamente instruido de tales derechos y consta seriamente que ha podido leerlos en las actas de información de los mismos que son de práctica en nuestros Juzgados de Instrucción”.

⁵⁸ STS, Sala 2ª, de 8.10.2003 (La Ley 157456/2003; MP: José Antonio Marañón Chávarri) entre otras.

realizarían notificaciones y citaciones⁵⁹.

Asimismo hay que tener en cuenta que el art. 152.2 LEC, de aplicación supletoria al proceso penal en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de dicho Texto legal, establece que los actos de comunicación se efectuarán a través de procurador cuando se trate de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél. Por su parte, el art. 28.1 de la misma ley procesal, de forma armónica, dispone que mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste. La LECRIM no contiene una disposición específica que contradiga las anteriores normas generales de la LEC, por el contrario, su art. 182 contiene una disposición completamente acorde con las normas transcritas, que establece que las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse a los procuradores de las partes, salvo las citaciones que por disposición expresa de la Ley deban hacerse a los mismos interesados en persona, y las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de éstos. No existiendo disposición alguna en la LECRIM que establezca que el auto dictado de acuerdo con lo dispuesto en su art. 779.1.4ª deba ser notificado en persona al imputado.

Las secciones penales de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 19.10.2012 acordaron que en todos aquellos supuestos en los que el inculcado tenga designado un procurador que lo represente, no será precisa la notificación personal del auto de apertura de juicio oral, bastando la notificación y traslado de las actuaciones a su representación procesal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 784.1 de la LECRIM. En este sentido también podemos citar el AAP de Madrid de 28.07.2005⁶⁰, conforme al cual la interpretación literal y sistemática del art. 784.4 LECRIM en relación con las disposiciones que se citan en él, únicamente nos puede llevar a excluir que el mismo exija que el escrito de acusación y el auto de apertura del juicio oral deban ser notificados personalmente al acusado. Este precepto establece los supuestos en los que el presunto reo debe ser buscado por requisitorias y declarado, en su caso, en rebeldía:

⁵⁹ AAP Madrid, Sec. 27ª, de 23.10.2009 (ROJ: AAP M 15169/2009; MP: María Tardón Olmos).

⁶⁰ AAP Madrid, Sec. 16ª, de 28.07.2005 (ROJ: AAP M 7133/2005; MP: Carmen Lamela Díaz).

- a) Si el acusado se encontrara en ignorado paradero, la pena solicitada para el mismo fuera inferior a dos años y no hubiere hecho la designación de domicilio a que se refiere el art. 775 LECRIM, ya que de haberse hecho la citada designación podría ser citado en el domicilio facilitado al efecto y celebrarse el juicio en su ausencia conforme a lo dispuesto en el art. 786.1.2º de dicho Texto procesal.
- b) Si se encontrara en ignorado paradero y la pena excediera de dos años, ya que en este caso, conforme a lo dispuesto en el art. 786 antes citado, no podría celebrarse el juicio en su ausencia aun cuando hubiere sido citado en el domicilio a que se refiere el art. 775 LECRIM. En definitiva, la expresión "en cualquier caso" utilizada por el precepto comentado se refiere al supuesto de que se solicite para el acusado pena superior a dos años y éste se encuentre en ignorado paradero, ya que entonces haya designado o no el domicilio a que se refiere el citado art. 775, deberá ser llamado por requisitorias. Y el art. 182 LECRIM señala que las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse a los procuradores de las partes, a excepción de las citaciones que por disposición expresa de la Ley deban hacerse a los mismos interesados en persona y las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de éstos.

Conforme a lo expuesto, entiende la resolución comentada, que no estando prevista la notificación personal del acusado o su citación para la notificación del auto de apertura del juicio oral y escrito de acusación, y no siendo obligatoria su comparecencia en el juzgado en este momento procesal, la notificación y traslado a través de la representación procesal del acusado ha de estimarse correcta al ser la pena solicitada inferior a la prevenida en el art. 786.1 LECRIM.

La Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid en cuanto a la notificación del auto de apertura del juicio oral acordó en jornada de unificación de criterios celebrada con fecha 16.06.2012 los siguientes extremos:

- a) Corresponde al juzgado de instrucción notificar al acusado el auto de apertura del juicio oral, con entrega de copia de los escritos de acusación, y dictar, en su caso, el auto de busca y captura.
- b) La notificación se realizará a su procurador si con anterioridad el imputado se ha personado en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente.

Pero habremos de tener en cuenta que la designación de procurador ha de haberse producido producirse a instancia del acusado, y no responder a una petición del juzgado anterior al momento en el que es preceptiva la intervención del procurador, que no es otro que el de la notificación, emplazamiento en palabras de la ley, con el escrito o escritos de acusación y auto acordando la apertura del juicio oral⁶¹.

- c) Cuando no se haya designado procurador la notificación se realizará en el domicilio designado en España o en la persona designada por el imputado para que lo reciba en su nombre a los efectos del artículo 775 de la LECRIM. Cuando la pena supere los dos años de prisión la notificación se debe realizar personalmente.

En igual sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valladolid⁶², entendiendo que la notificación personal no es necesaria cuando el acusado tiene ya designado abogado y procurador para su defensa. En este caso basta con la notificación del auto de apertura de juicio oral a la representación procesal, para que cumpla el fin del art. 784.1 LECRIM, que no es otro que dar traslado de las actuaciones originales o mediante fotocopia a las defensas de los acusados para que en el plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas en su contra. En el supuesto de que se interpretara el art. 784.1 en el sentido de que tal emplazamiento tiene que ser realizado en todo caso en la persona del acusado, haría ineficaz la posibilidad de celebración del juicio en ausencia de éste último, cuando concurren aquellos requisitos que con arreglo a la Ley permiten dicha celebración en ausencia del acusado. El emplazamiento en la persona del acusado tiene sentido cuando éste no tiene designado ni abogado ni procurador, pues a través de dicho emplazamiento, se le notifica el auto de apertura de juicio oral y el escrito de acusación y se le requiere para que nombre abogado y procurador que presenten el escrito de defensa, apercibiéndole que caso contrario se le designará por el turno de oficio, con el fin que acabamos de citar.

Por nuestra parte entendemos que el traslado de las actuaciones a la persona del acusado no es un mero trámite formal del que pueda prescindirse a la ligera, pues una interpretación tanto constitucional como contextual del precepto adjetivo supone que dicho traslado no lo es a los meros fines de contraatacar jurídicamente presentando el escrito de defensa, acto para el

⁶¹ Es este sentido AAAP Madrid, Sec. 3ª, de 23.01.2013 (ROJ: AAP M 1416/2013; MP: Juan Pelayo María García Llamas); y Sec. 23ª, de 25.05.2014 (Auto 599/14; MP: María Riera Ocáriz).

⁶² AAP Valladolid, Sec. 2ª, de 24.11.2011 (ROJ: AAP VA 900/2011; MP: Feliciano Trebolle Fernández).

cual no es precisa la intervención material del imputado dado que dicho escrito solo ha de contener la firma habilitadora del letrado y del procurador, sino que tal traslado supone también la notificación de la concreta imputación que se le realiza tras la fase de instrucción, en la que tras manejar diversos conceptos y hechos estos se simplifican adoptando una fórmula jurídica, tal y como se deduce del hecho de que se le entregará copia de los escritos de acusación. En definitiva lo que podían ser hechos confusos o que aparentemente llevasen aparejada una calificación con una pena menor, se transforma en el escrito de acusación en una imputación concreta, la cual supone la base fáctica de lo que posteriormente será el acto del plenario, que queda circunscrito a la discusión sobre las cuestiones que previamente se hayan planteado.

Ahora bien, en el procedimiento abreviado, atendiendo a la celeridad y simplicidad que en pura teoría lo inspiran, el lugar donde ha de practicarse la notificación del escrito de calificación no es cualquiera en el que pueda hallarse el imputado, de suerte que haya de ser buscado allí donde esté, sino que dicho lugar queda dibujado explícitamente en un momento previo, cual es el de la primera comparecencia del mismo ante el juzgado, pues el art. 775 LECRIM establece que en dicho momento se le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones. Es por ello que desde un primer momento se está previendo el lugar en el que se ha de citar, notificar, emplazar y requerir a la persona imputada. Así, el traslado de los escritos de acusación y el de las actuaciones para calificación habrán de realizarse en el domicilio designado en la primera comparecencia o en aquel que se haya designado con posterioridad por modificación del primigenio. Por lo tanto el órgano judicial se encuentra obligado a intentar siempre la notificación al acusado en el domicilio designado, advirtiéndose las siguientes posibilidades en caso de la que la misma resulte negativa:

- a) Si la pena solicitada no excede de dos años de privación de libertad, o de seis años si se tratare de pena de distinta naturaleza, bastará con dar traslado de las actuaciones a su representación legal, ya que la causa por la que no se ha llegado a practicar dicho acto con el acusado se debe a causas extrañas al funcionamiento del juzgado por haberse colocado voluntariamente aquel en una situación de indisponibilidad procesal.
- b) Si la pena solicitada excediere de los límites anteriormente señalados, será necesario que el juzgado instructor expida requisitorias para su búsqueda y captura, sin que

pueda remitirse la causa para su enjuiciamiento en tanto en cuanto el mismo no sea hallado y se haya procedido a la notificación personal.

VII. RECURSO.

El art. 783.3 LECRIM dispone que "contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas". El debate surge a la hora de concretar qué se entiende por "auto que acuerde la apertura del juicio oral", es decir, si la inimpugnabilidad se refiere a la resolución prevista en el art. 783 LECRIM, cualquiera que fuere el específico pronunciamiento que formalmente contuviere, o, por el contrario, afecta al particular pronunciamiento acordando "abrir el juicio oral" contra determinada o determinadas personas, quedando al margen aquellas otras decisiones que, aunque formalmente recogidas en el auto de apertura del juicio oral, no constituyen el contenido esencial de dicha resolución.

Se trata de una cuestión discutida con una solución dispar dentro de doctrina⁶³ y jurisprudencia⁶⁴. Quienes postulan la irrecurribilidad de esta resolución, salvo lo relativo a la situación personal del acusado, argumentan que el TC⁶⁵ señala que la exclusión de la posibilidad de recurso contra el auto de apertura de juicio oral no supone la quiebra del derecho al proceso con todas las garantías "por el hecho de que contra el auto de apertura del juicio oral no se da recurso alguno". La razón del rechazo estriba en que, por su propia naturaleza, el citado auto no es susceptible de recurso, y una vez descartada la equiparación entre el procedimiento ordinario y el abreviado, la denominada fase intermedia del primero de ellos y la fase de preparación del juicio oral en el segundo desempeñan, a su vez, funciones diversas. En el procedimiento abreviado, la fase de preparación del juicio oral no está

⁶³ Entre quienes postulan la irrecurribilidad se encuentran PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: "La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002", en *Diario La Ley*, nº 6433, sec. doctrina, 2.03.2006, año XXVII, p. 26. En sentido contrario, entre otros, LORCA NAVARRETE, A. M.: *El jurado: experiencias y futuro en el décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005): La práctica adversarial del proceso penal ordinario de la Ley del Jurado en la más reciente teoría y jurisprudencia*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, pp. 425 y ss.

⁶⁴ A favor de la irrecurribilidad se pronuncian, entre otras, AAP Madrid, Sec. 16ª, de 23.02.2011 (ROJ: AAP M 2364/2011; MP: Miguel Hidalgo Abía); AAP Barcelona, Sec. 10ª, de 20.07.2012; MP: José María Planchat Teruel); y AAP Lleida, Sec. 1ª, de 10.05.2012 (ROJ: AAP L 288/2012; MP: Merce Juan Agustín). En sentido contrario, AAP Castellón, Sec. 1ª, de 10.02.2012 (ROJ: AAP CS 130/2012; MP: Aurora de Diego González); AAP Madrid, Sec. 27ª, de 22.03.2011 (ROJ: AAP M 14693/2011; MP: María Tardón Olmos); y AAP Tarragona, Sec. 4ª, de 16.06.2008 (ROJ: AAP T 672/2008; MP: Javier Hernández García), entre otras muchas.

⁶⁵ STC 54/1991, Sala 2ª, de 11.03.1991 (BOE nº 91 de 16.04.1991; MP: Francisco Rubio Llorente).

destinada, como en el proceso ordinario, a concluir la instrucción, sino exclusivamente a posibilitar que las acusaciones formulen sus acusaciones, petición de sobreseimiento o, excepcionalmente, la solicitud de ulteriores diligencias. Por ello, la Ley ordena al juez instructor en este primer momento de la fase de preparación, proceder al traslado de las diligencias únicamente a las acusaciones, sin cuya petición de acusación no cabe, como regla general, la apertura del juicio oral. Por lo mismo, el traslado de las actuaciones al imputado lo ordena la Ley en la misma fase, pero en un momento posterior, puesto que la razón del traslado no es otra que la de dar la posibilidad al acusado de oponerse y defenderse de la acusación⁶⁶.

Desde esta perspectiva no resulta constitucionalmente necesario conferir a la parte la posibilidad de recurso. Por un lado, al recibir el traslado de la acusación, la defensa del acusado podrá proponer las pruebas que estime conducentes a la demostración de la inculpabilidad de su representado y, por otro, en el acto de apertura del juicio oral puede plantearse el sobreseimiento de la causa como artículo de previo pronunciamiento o la existencia de vulneraciones de las garantías constitucionales. De este modo, no se produce lesión alguna en los derechos fundamentales del acusado. Y aunque es cierto que, en una primera aproximación, el tenor literal del precepto puede suponer que la admisión o no del recurso tan solo dependa del momento en que por el juzgado se acuerde la adopción de la medida cautelar, de manera que si lo es en un momento anterior o distinto al auto de apertura del juicio oral sería susceptible de recurso, mientras que si lo es en ésta última resolución no lo será, esta primera apreciación se desvanece si se tiene en cuenta que aquella resolución tiene lugar en lo que se ha denominado fase intermedia, de manera que por aquel entonces el instructor no solo ha acordado la adecuación de las actuaciones al trámite previsto para el procedimiento abreviado sino que, además, se ha formulado ya escrito de calificación y ha habido una nueva valoración del Instructor al descartar cualquier otra posibilidad de las previstas en el propio artículo 783 de la Ley⁶⁷.

En el procedimiento abreviado, del mismo modo que el auto de acomodación

⁶⁶ STC 186/1990, Pleno, 15.11.1990 (BOE nº 289 de 3.12.1990; MP: Vicente Gimeno Sendra).

⁶⁷ AAAP Lleida, Sec. 1ª, de 22.05.2012 (ROJ: AAP L 315/2012; MP: María Lucía Jiménez Márquez), y 2.10.2011 (ROJ: AAP L 639/2012; MP: María Lucía Jiménez Márquez); AAP Barcelona, Sec. 10ª, de 20.07.2012 (ROJ: AAP B 6254/2012; MP: José María Planchat Teruel); AAP Coruña, Sec. 2ª, de 15.05.2012 (ROJ: AAP C 691/2012; MP: Luis Barrientos Monge); y AAP Huelva, Sec. 3ª, de 9.11.2012 (ROJ: AAP H 1087/2011; MP: Antonio German Pontón Praxedes), entre otras muchas.

procedimental pone fin a la fase instructora dando paso a la fase intermedia, al dictarse el auto de apertura de juicio oral concluye la fase intermedia abriéndose la fase de plenario en cuyo marco formula el ya formalmente acusado escrito de defensa, a quien ya no alcanza otra posibilidad procesal que defenderse en juicio de la acusación formulada y reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas. Ello quiere decir que, abierto juicio oral, ya no hay espacio procesal para que el acusado pueda deducir pretensión de ninguna clase ante el instructor ni ante el órgano llamado al enjuiciamiento más allá que la admisión de las pruebas solicitadas en el escrito de defensa y la práctica de las mismas si fueren pruebas anticipadas, hasta el inicio de la sesión del juicio oral, por lo que la lógica consecuencia procesal es precisamente la irrecurribilidad del auto de apertura de juicio oral, que no admite, por imperativo legal, ninguna excepción (*ubi lex non distinguit nemo distinguere potest*). La expresa referencia del apartado 3º del art. 783 LECRIM de que el auto de apertura de juicio oral puede ser recurrido en el aspecto atinente a la situación personal, pero no a otras medidas cautelares reales, halla causa asimismo en dos extremos: a) el instructor, dictado el auto de apertura de juicio oral, pierde la competencia para seguir conociendo de la causa, y b) para impedir que el transcurso temporal necesariamente existente entre el dictado del auto y la remisión de la causa al órgano encargado del enjuiciamiento, el acusado respecto del cual se haya acordado *ex novo* o el mantenimiento de una medida cautelar personal (prisión, alejamiento etc.) y a quien ampara la presunción de inocencia no pueda combatir una medida que incide el derecho fundamental a la libertad deambulatoria, la Ley, por un lado, otorga solo para este aspecto la competencia al instructor para conocer de la reforma si se le interpusiere y admitir la apelación si aquella fuere desestimada y, por otro, otorga al acusado, como no podía ser menos, la posibilidad de combatir, en reforma y/o apelación, la medida personal gravosa para su derecho a la libertad recurriéndola⁶⁸.

Asimismo los defensores de tal irrecurribilidad sostienen que el legislador es claro al excluir los recursos contra el auto de apertura de juicio oral tanto respecto de la decisión central o fundamental de apertura de juicio oral, como de las decisiones colaterales sobre el órgano competente para enjuiciamiento y adopción, modificación, suspensión o revocación de medidas reales, admitiendo únicamente el recurso en lo relativo a la situación personal. Así pues el principio general es el de irrecurribilidad del auto de apertura de juicio oral y la

⁶⁸ AAP Barcelona, Sec. 2ª, de 16.02.2006 (ROJ: AAP B 1808/2006; MP: Javier Arzua Arrugaeta).

excepción es la recurribilidad de las decisiones de ese auto relativas a la situación personal, sin que sea admisible una interpretación extensiva de la excepción, para comprender también las decisiones relativas a medidas cautelares reales, pues ello desvirtuaría el art. 783.3 LECRIM y la finalidad con él perseguida⁶⁹. Este precepto únicamente establece una salvedad a la inadmisibilidad de recurso, como lo es la decisión relativa a la situación personal del imputado. Si el legislador hubiera querido establecer alguna otra, es lógico pensar que así lo hubiera expresado como lo ha hecho en relación a la situación personal. De ser otra la voluntad del legislador, la hubiera recogido también como excepción en el 783.3 LECRIM, que al no hacerlo así debe seguir el mismo régimen general.

De igual forman sostienen que si se entiende que no es procedente la fianza fijada en el auto de apertura de juicio oral se puede y debe acudir a la oposición que regulan los arts. 616 y ss. LECRIM, donde se podrá hacer valer las razones ante el juez de instrucción que tenga para que no se le considere civilmente responsable, sin que sea admisible obviar el procedimiento legalmente establecido a este fin y en su lugar pretender hacer valer su oposición en un recurso que el legislador expresamente excluye⁷⁰.

Para este sector doctrinal la irrecurribilidad obedece sin duda a la evitación de dilaciones innecesarias, ya que en la fase de plenario se ofrecen al acusado amplias facultades de defensa y de contradicción, desde el mismo escrito de defensa, y en el acto del juicio oral, sin olvidar que al inicio de las sesiones de éste existe la posibilidad específica para ambas partes de exponer lo oportuno acerca de la posible vulneración de algún derecho fundamental ocurrida precedentemente⁷¹.

Frente a todas estas consideraciones entendemos que la irrecurribilidad se contrae al auto de "apertura del juicio oral", expresión que, gramaticalmente, remite a la resolución en la que el juez de instrucción realiza el juicio de acusación, valorando si el hecho imputado en el escrito de acusación reviste o no carácter delictivo y si, en caso afirmativo, existen o no indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

Aunque la literalidad de la norma sólo apunte a la exclusión de la recurribilidad de las resoluciones relativas a la situación personal del acusado, la misma no excluye la posibilidad

⁶⁹ STC 247/1994, de 19.09.1994 (BOE nº 252 de 21.10.1994; MP: Rafael de Mendizábal Allende).

⁷⁰ AAP Madrid, Sec. 29ª, de 31.03.2011 (ROJ: AAP M 4863/2011; MP: María del Pilar Rasillo López).

⁷¹ AAP Cádiz, Sec. 8ª, de 14.06.2001 (ROJ: AAP CA 453/2001; MP: Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro).

de formular peticiones sobre la modificación de otras medidas distintas a las personales, como pueden ser las reales, debiendo entenderse que sólo tiene carácter de firme el concreto acuerdo de la apertura del juicio oral. Así, en cuanto a las medidas de carácter real a adoptar en garantía de posibles responsabilidades pecuniarias, fianzas y embargos, la previsión expresa sobre los recursos se contiene únicamente en el art. 596 LECRIM, al mencionar el recurso de apelación contra el auto calificando la suficiencia de la fianza prestada, por lo que en los demás supuestos, especialmente contra los autos o pronunciamientos sobre medidas reales contenidos en resoluciones de otro carácter, como lo es el auto de apertura de juicio oral, y contra los autos que ordenen ampliarlas o reducirlas (arts. 611 y 612 LECRIM), se han de aplicar las reglas generales de los recursos, incluso cuando la fianza o embargo se hayan acordado o decretado contra terceras personas civilmente responsables⁷².

El motivo de que se niegue el recurso es impedir nuevas dilaciones por parte de los acusados cuando ya existido un doble filtro tendente a garantizar la seriedad de la acusación y constituido, de un lado, por el auto de transformación a procedimiento abreviado, que tiene precisamente la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal⁷³, configurándose como un acto de imputación formal efectuado por el juez instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y, de otro, por el auto de apertura del juicio oral que, como ya se dijo, supone un juicio del instructor en el que decide si en la imputación de hechos existe materia delictiva para abrir el juicio o por el contrario es procedente acordar el sobreseimiento, y en el primer caso ha de concretar los hechos que se atribuyen a determinados sujetos, previamente imputados, los cuales han de estar igualmente designados. Motivo que en absoluto puede predicarse respecto de la decisión por la que se adopta, modifica o revoca una medida cautelar real, que se tramitará siempre en pieza separada y sin afectar al curso del procedimiento principal.

La decisión por la que se establece la fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, pudieren declararse procedentes, es una decisión que ha de adoptarse tan pronto se aprecien por el juez de instrucción indicios racionales de

⁷² AAP Castellón, Sec. 1ª, de 26.10.2007 (ROJ: AAP CS 544/2007; MP: Esteban Solaz Solaz).

⁷³ STC 186/90, Pleno, de 15.11.1990 (BOE nº 289 de 3.12.1990; MP: Vicente Gimeno Sendra), que declara "realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos".

criminalidad⁷⁴, sin necesidad de esperar a la fase intermedia y al auto de apertura del juicio oral. Por tanto, sería absurdo que el auto por el que, al amparo del art. 764.1 LECRIM, se requiere de fianza o se adopta cualquier otra medida cautelar real, sea recurrible⁷⁵, y, sin embargo, el pronunciamiento por el que el instructor se limita a modificar o revocar dicha medida, no pudiera ser recurrido. En otras palabras, el pronunciamiento sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas en materia de responsabilidad civil puede contenerse en el auto de apertura del juicio oral, pero ello no implica que sea contenido o núcleo de dicho auto, sino que a través de la resolución se vehiculiza la decisión sobre la medida cautelar. Ha de distinguirse entre el pronunciamiento esencial del auto -decisión de abrir el juicio oral contra determinada persona-, contra el que no cabe recurso alguno, y los demás pronunciamientos accesorios respecto de dicha decisión principal, que pueden articularse a través del mencionado auto y que no están excluidos del recurso⁷⁶.

Finalmente destacar que la doctrina del TC ha venido a declarar que entre las varias interpretaciones posibles se impone siempre la más favorable a la admisión de los recursos, procurando la mayor accesibilidad a dicho remedio procesal, como integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁷⁷.

VIII. CONCLUSIONES.

1. El auto de apertura del juicio oral responde a la necesidad de realizar un previo juicio de racionalidad sobre la consistencia de la acusación antes de autorizar la entrada en la fase de juicio oral, pero la jurisprudencia no le ha reconocido a dicho auto una función decisiva de determinación positiva del objeto del proceso. Es cierto que negativamente puede limitarlo excluyendo del enjuiciamiento aquellos hechos respecto de los cuales entienda pertinente acordar el sobreseimiento en los casos que la ley prevé, pero, salvo esos supuestos, la determinación de los hechos que, calificados como delito, constituyen el objeto del proceso, se realiza a través de los escritos de acusación. Si el juez de instrucción, en el auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes

⁷⁴ Art. 764.1 en relación con los arts. 589 y 615, todos de la LECRIM.

⁷⁵ Art. 766 LECRIM.

⁷⁶ AAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 5.11.2003 (ROJ: SAP PO 2510/2003; MP: María Begoña Rodríguez González).

⁷⁷ SSTC 128/1991, Sala 1ª, de 06.06.1991 (BOE nº 162 de .08.07 1991; MP: Carlos de la Vega Benayas), y 110/1985, Sala 1ª, de 08.10.1985 (BOE nº 265 de 05.11.1985; MP: Angel Escudero del Corral).

acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos, con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación. El auto de apertura del juicio oral no puede contener una limitación implícita del objeto del enjuiciamiento. Por el contrario, cuando el juez lo considere procedente, expresamente y, debiendo hacerlo de forma razonada, podrá acordar un sobreseimiento parcial, decisión que podrá ser objeto del correspondiente recurso.

2. La necesaria interpretación *pro actione* de las normas reguladoras de los requisitos y exigencias formales y temporales en el ejercicio de los derechos y facultades procesales, que impide interpretaciones rigoristas que puedan enervar el derecho a obtener la tutela judicial, debe llevar a entender el art. 110 LECRIM, que exige que los perjudicados se muestren parte en la causa antes del trámite de calificación del delito, de forma que excluya la posibilidad de personaciones posteriores a dicho trámite, a partir del cual quedan delimitadas las pretensiones de las acusaciones frente a las que se puede defender el imputado, pero que permita que mientras tal trámite siga vivo y no se haya dictado el auto de apertura del juicio oral puedan los perjudicados personarse en el procedimiento y ejercer en el seno del mismo las acciones penales y civiles que el ordenamiento les autoriza.

Para que exista un proceso justo, el acusado, una vez abierto juicio oral, debe saber no sólo de qué se le acusa sino quién le acusa. Las comunicaciones posteriores a víctimas y ofendidos son la traducción de los derechos de los ciudadanos en la administración de justicia en cuanto al conocimiento de los procesos en los que tengan un interés legítimo, pero no pueden interpretarse como una alteración de las reglas del proceso que le permitan personarse en un momento posterior.

3. En el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancia, en solitario, de la acusación popular, cuando el ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007), pero en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la

causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008). En definitiva, cuando se trata de delitos que no tienen un perjudicado concreto, sino que afectan a intereses supraindividuales o a bienes de titularidad colectiva, el fiscal no tiene el monopolio del interés social, sin embargo, cuando existe un perjudicado concreto solamente la víctima o el fiscal pueden instar la apertura de juicio oral.

4. La determinación de la competencia entre el juzgado de lo penal y la audiencia para el conocimiento y fallo de una causa, que tiene gran trascendencia ya que afecta a la competencia objetiva y funcional, no puede dejarse al simple voluntarismo de las partes acusadoras sino que es el juez de instrucción el que debe hacer una valoración y conforme al art. 783.2 LECRIM señalar en el auto de apertura de juicio oral el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa.

Esta determinación de la competencia objetiva y del procedimiento adecuado viene dada por la pena que corresponde al tipo de delito en abstracto a que se refiera la más grave de las acusaciones, y no por la pena concreta que en relación con la participación, grado de ejecución o concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad pudiera ser, en cada caso, interesada por las acusaciones.

5. La notificación del auto de apertura del juicio oral a través de la representación procesal del acusado será válida y suficiente siempre y cuando se haya intentado practicar asimismo en forma personal al acusado en el domicilio o persona por él designado en su primera comparecencia ante el juzgado de instrucción, y éste le haya apercibido de las consecuencias inherentes al resultado fallido de tal notificación en el domicilio indicado. Excepción hecha de que la pena solicitada exceda de dos años de privación de libertad, o de seis años si se tratare de pena de distinta naturaleza, en cuyo caso será siempre indispensable su notificación personal al acusado, y en caso de resultar negativa resultará necesario que el juzgado de instrucción dicte las oportunas órdenes de busca y captura, no pudiéndose remitir la causa al órgano competente para el enjuiciamiento en tanto en cuanto aquella notificación se haya verificado.
6. Si bien el artículo 783.6 LECRIM establece una regla general de irrecurribilidad del de apertura del juicio oral ello no supone que todo lo decidido en dicha resolución esté afectado por aquélla. Esta regla ha de venir referida a los contenidos intrínsecos de la

decisión de apertura, esto es aquéllos que solo en ese momento procesal y mediante dicha resolución pueden adoptarse, pero no puede extenderse a pronunciamientos que si bien se contienen en la misma no son necesariamente propios de ésta. En virtud de los arts. 589 y 590 LECRIM cualquier medida que tenga por objeto el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias se ha de acordar mediante auto, y se formalizarán en pieza separada, frente al cual cabe recurso de reforma, y por tanto el mismo recurso procederá cuando tal medida cautelar se adopte en el auto de apertura de juicio oral, ya que de lo contrario la admisión o no del recurso dependería del momento en que se acuerde la adopción de la medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, J.: “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

ARMENTA DEU, T.: “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Poder Judicial*, 1996, I, nº 41-42.

ASENCIO MELLADO, J. M.: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La cosa juzgada penal*, Bolonia: Real Colegio de España, Zaragoza, 1975.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

GALLEGO SÁNCHEZ, G.: “La participación de los ciudadanos en el proceso penal: la evolución del ejercicio de la acción penal, a través de la acusación particular y la acusación popular”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2, 2006.

GIMENO SENDRA, V.: “El derecho de defensa”, en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, V.: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos Botín y Atutxa”, en *Diario La Ley*, nº 6970, sec. doctrina, 18.06.2008.

GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.II, Vol. I, Bosch, Barcelona 1951.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: “La acción penal como derecho al proceso”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 371, Febrero 1948.

GONZÁLEZ MONTES, F.: “Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos”, en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, nº 2, 1983.

LATORRE LATORRE, V.: *Acción popular/Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J.: *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999.

LORCA NAVARRETE, A. M.: *El jurado: experiencias y futuro en el décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005): La práctica adversarial del proceso penal ordinario de la Ley del Jurado en la más reciente teoría y jurisprudencia*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

LUZON CANOVAS, A.: “La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular”, *Diario La Ley*, nº 5483, sec. Doctrina, 15.02.2002, año XXIII, ref. D-51.

MONTERO HERNANZ, T.: *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia*, Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2006.

NAVARRO LOZANO, A.: “La doble notificación en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 6911, sec. Tribuna, 26.03.2008.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *El periodo intermedio del proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: “La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002”, *Diario La Ley*, nº 6433, sec. doctrina, 2.03.2006, año XXVII.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1978.

RUIZ VADILLO, E.: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

SOTO NIETO, F.: *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid, 1979.

VALERO OLTRA, R.: “Consideraciones sobre la acción popular”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1981, nº 1237.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984-2.

VELASCO NÚÑEZ, E.: “Notificación -y consecuencias derivadas de la manera de realizarla- del auto de apertura del juicio oral al acusado en el procedimiento abreviado”, *Diario La Ley*, 1993.

YÁÑEZ VELASCO, R.: “Imperio de la Ley y jurisprudencia creadora. La personación de la presunta víctima en todo tiempo procesal”, *Diario La Ley*, nº 8304, sec. Tribuna, 6.05.2014.